

رَفَعُ

جبر العرعرى النجدي  
أسكنه الله الفردوس  
www.moswarat.com

المكتبة القانونية



# السكوت وأثره على الأحكام في الفقه الإسلامى

الدكتور

رمزى محمد على دراز

قسم الشريعة الإسلامية

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

٢٠٠٤



دار الجامعة الجديدة للنشر

٢٨ ش سوتير - الأزاريطة - الإسكندرية ت : ٤٨٦٨٠٩٩

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي  
أسكنه الله الفردوس  
[www.moswarat.com](http://www.moswarat.com)

# السكوت وأثره على الأحكام في الفقه الإسلامي





# السكوت وأثره على الأحكام في الفقه الإسلامي

الدكتور

رمزي محمد علي دراز

قسم الشريعة الإسلامية

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

٢٠٠٤



دار الجامعة الجديدة

٣٨ ش سوتير - الأزاريطة - ت: ٤٨٦٨٠٩٩



بسم الله الرحمن الرحيم

"يا أيها الذين آمنوا لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم وإن تسألوا عنها حين ينزل القرآن تبد لكم عفا الله عنها والله غفور حلیم ."

[المادة / ١٠١]

قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - " إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها، وحد حدودا فلا تنتهكوها ، وسكت عن أشياء رخصة لكم ليس بنسيان فلا تبحثوا عنها " .

البيهقي - السنن الكبرى - ج ١٠ / ١٢

وقال - صلى الله عليه وسلم - : " من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليحسن إلى جاره، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيرا أو ليسكت " .

ابن حجر - فتح الباري - ج ١١ / ٣٦٣

صحيح مسلم ج ١ / ٦٨



## المقدمة

— الحمد لله الذى خلق الإنسان وعلمه البيان، نحمده ونستعينه، ونؤمن به، ونستغفره ونشهد ألا إله إلا الله وحده لا شريك له، وإن محمداً عبده ورسوله اللهم صل وسلم وبارك عليه وعلى آله وصحبه أجمعين ، وارض اللهم عن فقهاء الشريعة الإسلامية الذين وضعوا لنا من القواعد ما يعيننا على ضبط الفروع، وبيان حكم كل ما هو مستحدث، فتركوا لنا ثروة فقهية تشكل منهجاً يهيم على أفعال العباد، ويضبط سلوكهم فى العبادات والمعاملات والجنايات والحدود وغيرها، ويضمن سعادتهم فى الدارين.

وبعد،

فإن الله تعالى أمد الإنسان بنعمة اللسان وجعله آلة إفصاحه وبيانه لما فى نفسه من معانٍ وإرادات، وفى ذلك يقول الإمام ابن القيم — رحمه الله — : " إن الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفاً ودلالة على ما فى نفوسهم .. فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئاً عرفه بمراده ، وما فى نفسه بنفظه، ورتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ، ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما فى النفوس من غير دلالة فعل أو قول، ولا على مجرد ألفاظ مع العلم بأن المتكلم بها لم يرد معانيها ولم يحط بها علماً.. فإذا اجتمع القصد والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم، هذه قاعدة الشريعة" (١).

فالأصل أن يتم البيان والتعبير عن الإرادة بالنطق باللسان.

وينوب عن اللسان فى القيام بمهمة البيان الكتابة أو الإشارة أو أى فعل يدل على حقيقة المراد.

فإن لم يكن ثمة تعبير باللسان أو ما ينوب عنه من كتابة أو إشارة أو غيرهما والتزم الإنسان السكوت، ثار عندئذ تساؤل عن مدى صلاحية هذا السكوت للتعبير عن الإرادة.

وفى هذا الصدد صاغ الفقهاء المسلمون الأقدمون قاعدة فقهية شهيرة تقرر أنه :

" لا ينسب إلى ساكت قول ، ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " .

(١) ابن القيم — إعلام الموقعين عن رب العالمين — مطبوعات مكتبة ومطبعة الحاج عبد السلام بن شقرون — سنة ١٩٨٦ م — ج ٣ ص ١٠٥.

وقد تولت هذه القاعدة الإجابة عن هذا التساؤل الذى ثار بصدد دلالة السكوت على الإرادة، حيث قررت أن الأصل فى دلالة السكوت انه لا يعد دليلا على الإرادة ولكنه قد يكون كذلك إن دعت الحاجة إليه بدليل من نص أو قرينة أى دلالة حال.

وقد دفعتني هذه القاعدة التى تتناول السكوت إلى اختيار موضوع يوضح أثر السكوت على الأحكام الشرعية من خلال شرح هذه القاعدة وبيان مقصد الفقهاء منها ومن ثم جاء اختياري لموضوع : " السكوت وأثره على الأحكام فى الفقه الإسلامى " لأتناوله بالبحث من خلال هذه الدراسة ، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، فقد دعاني إلى اختيار هذا الموضوع ما يتمتع به من أهمية بالغة لها أثرها الواضح على العديد من الأحكام الشرعية فى مجالات الفقه الإسلامى المختلفة كالعبادات والمعاملات، وغيرها من أبواب الفقه الإسلامى، وإنما ترجع هذه الأهمية إلى اتصاله بالإرادة ودورها فى العقود والتصرفات كافة، ولذا فإن هذا الموضوع يتسع نطاقه – العملي الذى يؤثر فيه – ليشمل كل موقف يراد التعرف فيه على الإرادة ووجهتها .

كما أردت باختياري لهذا الموضوع أن أسهم – قدر استطاعتي – مع أساتذتنا الأجلاء الذين سبقوني فى تناوله بالبحث والدراسة<sup>(١)</sup> فى استجلاء حقيقة السكوت ومدى دلالته على الإرادة، ومن ثم أثره على الأحكام الشرعية المتعلقة بذلك.

وقد اتبعت فى هذه الدراسة المنهج التأصيلي التحليلي ، حيث تناولت موضوع : " السكوت وأثره على الأحكام فى الفقه الإسلامى " من خلال قاعدة : " لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " انطلاقا من أن السكوت له مداخل كثيرة فى أبواب الفقه الإسلامى المختلفة، وخاصة فى مجال التعبير عن الإرادة فى

---

(١) لقد سبقني بالكتابة فى هذا الموضوع – على نحو متخصص – أساتذنا الدكتور/ رمضان على السيد الشرنبلي فى بحث بعنوان : " السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية " ، أساتذنا الدكتور : عبد الرازق حسن فرج فى بحث بعنوان : " دور السكوت فى التصرفات القانونية " ، دكتور : عبد القادر محمد قحطان فى بحث بعنوان : " السكوت المعبر عن الإرادة وأثره فى التصرفات " هذا بالإضافة إلى بعض الدراسات الأخرى التى تناولت هذا الموضوع تناولاً عاماً فى إطار دراسة وسائل التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى والقانونى الوضعي وفقهه ، ولقد أفادتنى هذه الدراسات كثيرا فى بحثي، غير أننى عاجت هذا الموضوع بشكل تأصيلي من خلال القاعدة الفقهية : " لا ينسب إلى ساكت قول ، ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " على نحو ما سنراه فى تلك الدراسة.

صورها المتعددة، ومن الصعوبة بمكان وضع حكم لكل حالة من حالات السكوت على حدة، لذلك حاولت دراسة هذا الموضوع بوضع مبدأ عام يحكم كل الحالات المتماثلة متبعا في ذلك منهج الفقهاء المسلمين القدامى في ضبط هذا الأمر ببيان الأصل في دلالة السكوت، والاستثناء عليه في التعبير عن الإرادة، وقد ساعد على ذلك تلك القاعدة الفقهية، حيث تضمن شقها الأول : " لا ينسب إلى ساكت قول " - الأصل في دلالة السكوت، وهو انه لا دلالة له على الإرادة، وتضمن شقها الثاني : " ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان " المبدأ الذي يحكم الاستثناءات الواردة على ذلك بجعل السكوت دليلاً على الإرادة في المواضع التي تمس الحاجة إلى عده كذلك.

وفي هذا المقام حاولت تحليل الشق الأول من القاعدة ببيان المراد بالسكوت وبالسكوت، والأثر الفقهي المترتب على ذلك، مستعرضاً بعض المسائل الفقهية بوصفها نماذج تطبيقية عملية على الأصل في دلالة السكوت.

وكذلك تحليل الشق الثاني منها ببيان المراد بالحاجة، وبالبيان والأثر الفقهي المترتب على ذلك، مع ذكر بعض المسائل الفقهية بوصفها نماذج تطبيقية عملية على الاستثناءات الواردة في هذا الشأن، بحيث يلحق بكل مسألة - متعلقة بالأصل أو بالاستثناء - في الحكم ما يشبهها من مسائل وفروع فقهية.

ولما كان هذا الموضوع لا تختلف معالجته - في الجملة - في القانون الوضعي عما قرره الفقه الإسلامي، لذلك ركزت الدراسة على الفقه الإسلامي - الذي استمد منه القانون الوضعي أحكام السكوت عامة - مع الإشارة إلى موقف القانون الوضعي كلما كان ذلك مفيداً للبحث.

وسوف أعتمد في هذه الدراسة على النصوص الشرعية مستدلاً بالقرآن الكريم والسنة النبوية ، وأقوال فقهاء المذاهب الإسلامية في كل مسألة من مسائل البحث مبيناً الراجح فيها من هذه الأقوال مستأنساً في ذلك بأقوال الفقهاء المعاصرين في مجال الدراسات الفقهية الإسلامية ، والقانونية ، والمقارنة.

### خطة البحث :

تشتمل خطة البحث على فصل تمهيدي وبابين وخاتمة وسرت فيها على النحو

الآتي :

الفصل التمهيدي: التكليف الفقهي لقاعدة : " لا ينسب إلى ساكت قول ، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان " .

الباب الأول: التعريف بالسكوت والتمييز بينه وبين ما يشتبّه به.

الفصل الأول: تعريف السكوت وبيان عناصره وأنواعه وتحديد نطاقه.

الفصل الثاني: التمييز بين السكوت وما يشتبّه به.

الباب الثاني: حكم السكوت.

الفصل الأول: حكم السكوت بمعنى وصفه الشرعي من حيث الحرمة أو الوجوب أو الندب أو الكراهة أو الإباحة.

الفصل الثاني: حكم السكوت بمعنى الأثر المترتب عليه من حيث مدى دلالاته على الإرادة ومن ثم أثر ذلك على الأحكام الشرعية.

الخاتمة.

وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب



# فصل تمهيدي

في التكييف الفقهي لقاعدة

( لا ينسب إلى ساكت قول ، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ) .

## فصل تمهيدي في التكييف الفقهي لقاعدة

( لا ينسب إلى ساكت قول ، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ) .

تقسيم :

لما كانت دراستي لموضوع " السكوت وأثره على الأحكام في الفقه الإسلامي ترتكز على تلك القاعدة المهمة، فقد رأيت من المناسب أن أمهد لتلك الدراسة بإلقاء الضوء على طبيعة تلك القاعدة لا بشرحها شرحا مفصلا، وإنما بيان طبيعتها ومعرفة نوعها من حيث كونها قاعدة فقهية أو أصولية.

وقاعدة : " لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان " .  
الشق الأول منها بمنطوقه هو عبارة الإمام الشافعي - رضى الله عنه - كما ذكر السيوطي ، ونقلت عنه في كتب الأشباه والنظائر ، وكتب القواعد الفقهية ، كما قررتها مجلة الأحكام العدلية في المادة " ٦٧ " منها بعد أن أضيف إليها الشق الثاني والمتضمنة للاستثناءات الواردة عليها <sup>(١)</sup>.

---

(١) انظر : الأسنوي - التمهيد في تخريج الفروع على الأصول . تحقيق محمد حسن هيتو - مؤسسة الرسالة - الطبعة الأولى سنة ١٩٨٠ م ص ٤٤٠ ، السيوطي - الأشباه والنظائر - دار إحياء الكتب العربية - عيسى البابي الحلبي وشركاه - بدون تاريخ - ص ١٥٨ ، ابن نجيم - الأشباه والنظائر تحقيق عبد العزيز محمد الوكيل - مؤسسة البابي الحلبي وشركاه - بدون تاريخ ، ص ١٥٤ ، الحموي غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر دار الكتب العلمية بيروت - الطبعة الأولى سنة ١٩٨٥م - ج ١ ص ٤٣٨ ، على حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام - تعريب المحامي فهمي الحسيني، دار الجيل بيروت - الطبعة الأولى سنة ١٩٩١م ج ١ ص ٥٩ " ٦٧ " ، سليم رستم باز شرح المجلة - للمطبعة الأدبية بيروت ، الطبعة الثانية سنة ١٩٢٣م ، ص ٤٧ ، م " ٦٧ " ، محمد الحسيني آل كاشف الغطاء - تحرير المجلة - مطبوعات مكتبة النجاح ومكتبة طهران سنة ١٣٥٩هـ - ج ١ ، ص ٤٥ م " ٦٧ " الشيخ أحمد الزرقا - شرح القواعد الفقهية - مراجعة د/ عبد الستار أبو غدة - كتبه مصطفى أحمد الزرقا ، دار القلم دمشق الطبعة الثانية بنون تاريخ ص ٢٧٣ ، د/ على أحمد الندوي ، القواعد لفقهية - دار القلم دمشق الطبعة الرابعة سنة ١٩٩٨م ، ص ١٠١ ، عادل أحمد عبد الموجود، على محمد معوض في التقديم لكتاب الاعتناء في الفرق والاستثناء للبكري الشافعي - دار الكتب العلمية بيروت - بدون تاريخ ج ١ ، ص ١٥ .

وفد نعت عن الإمام الشافعي بعبارة أخرى . حيث جاء في كتاب (الأم) : " ولا ينسب إلى ساكت قول قائل ولا عمل عامل إنما ينسب إلى كل قوله وعمله " وذلك في باب الساعات التي نكره فيها الصلاة <sup>(١)</sup> .

كما نقل عن الإمام الماوردي أيضاً أنه قال : " من نسب إلى ساكت قولاً أو اعتقاداً فقد افترى عليه " <sup>(٢)</sup> .

هذه القاعدة صنفها عامة العلماء ضمن القواعد الفقهية، ووردت في كتب الأشباه والنظائر <sup>(٣)</sup> ، والقواعد الفقهية تأخذ بهذا الأساس .

---

(١) انظر : الإمام الشافعي - الأم - مكتبة الكليات الأزهرية - بدون تاريخ ، ج ١ ، ص ١٥٢ .

(٢) انظر : الماوردي - الحاوي الكبير - دار الكتب العلمية ، بيروت - الطبعة الأولى - سنة ١٩٩٤ م ج ١٦ ، ص ١٠١ كتاب أدب القاضي في فصل لما ينعقد به الإجماع .

(٣) الأشباه جمع شبه، والنظائر جمع نظير ، والشبيه والنظير والمثيل في اللغة بمعنى واحد، أما الأصوليين فيرون أن المماثلة تقتضي المساواة في كل الوجوه، والمشابهة تقتضي الاشتراك في أكثر الوجوه لا كلها والمناظرة تكني في بعض الوجوه ولو في وجه واحد، يقال هذا نظير هذا في كذا، وإن خالفه في سائر جهاته، أما معنى الأشباه والنظائر في الاصطلاح فهي المسائل التي يشبه بعضها بعضاً مع اختلاف في الحكم لأمر خفية أدركها الفقهاء بدقة أنظارهم . انظر : الحموي - غمز عيون البصائر - مرجع سابق، ج ١ ، ص ٣٨ ، عبد العزيز محمد الوكيل في التعليق على كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم مرجع سابق ، ج ١٢ .

فالمسائل الفقهية إذا تشابهت أو تناظرت اندرجت تحت حكم واحد لاشتراكها في العلة أو في وصف جامع لها، ولكن أحياناً يكون بين هذه المسائل المتشابهة فروق دقيقة، وعلل خفية تجعل بعضها منفصلاً عن بعض فلا تأخذ المسألة حكم الأخرى لضعف التشابه بينهما.

وإنما فصلنا - في المتن - بين اصطلاحي كتب الأشباه والنظائر ، وكتب القواعد الفقهية لأن الأولى لا تقتصر على دراسة القواعد الفقهية فحسب، وإنما تتناول مع ذلك مسائل الفقه وأصول الفقه. وأحياناً بعض مسائل علم الكلام التي لها صلة بالموضوع، أي إن كتب الأشباه والنظائر شاملة لمختلف الفنون.

كما تجب ملاحظة الفرق بين اصطلاحي الأشباه والنظائر ، الفروق الفقهية ذلك لأن الفروق موضوعها بحث المسائل المتناظرة المتشابهة في الصورة الظاهرة ، مع أنه بالتدقيق يتبين أن بينهما فروقاً تمنع من قياس أحدهما على الآخر ولذلك عرفها الحموي بأنها : معرفة ما يجتمع مع آخر في حكم ويفترق منه في حكم آخر فأكثر - الحموي - غمز عيون البصائر ج ١ ، ص ٣٨ ، وعرف السيوطي علم الفروق بأنه: " العلم الذي يذكر فيه الفرق بين النظائر المتعددة تصوراً ومعنى والمختلفة حكماً وعلّة " . السيوطي - الأشباه والنظائر ص ٧ ، البكري - الاعتناء في الفرق والاستثناء ، مرجع سابق، ج ١ ص ٢٠ وانظر كذلك د/ علي النوي - القواعد الفقهية - مرجع سابق ، ص ٧٣-٧٥ ، د/ تيسير فائق أحمد محمود في تقديمه لكتاب المنثور في القواعد للزركشي طبع وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بدولة الكويت بدون تاريخ ج ١ ، ص ٣٤ وما بعدها.

ولكن ذهب بعض الباحثين المعاصرين إلى تصنيفها ضمن القواعد الأصولية <sup>(١)</sup>. والوقوف على حقيقة هذا الأمر، وبيان الطائفة التي تنتمي إليها هذه القاعدة يقتضي بيان المقصود بكل من القاعدة الأصولية، والقاعدة الفقهية والمقارنة بينهما، ومن ثم نستطيع تصنيف هذه القاعدة وتحديد طبيعتها. ونختتم هذا التمهيد بكلمة عن مدى جواز الاحتجاج بالقاعدة الفقهية.

وعلى ذلك سوف نقسم هذا الفصل إلى المباحث الآتية :

المبحث الأول : تعريف القاعدة الأصولية والفقهية .

المبحث الثاني : المقارنة بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية.

المبحث الثالث : مدى حجية القواعد الفقهية.

---

(١) انظر : د/ على أحمد الندوي - القواعد الفقهية - مرجع سابق - ص ٥٦٥ .

## المبحث الأول

### تعريف القاعدة الأصولية والفقهية

أولاً: القاعدة في اللغة :

أما عن معنى القاعدة : فهي في اللغة مؤنثة تجمع على قواعد وقاعدات والقاعدة أصل الشئ وأساسه، حسياً كان ذلك الشئ أو معنوياً.

فقواعد البيت أساسه، ومن ذلك قوله تعالى : ( وإذ يرفع إبراهيم القواعد من البيت وإسماعيل )<sup>(١)</sup>. وقوله تعالى : ( فأتى الله بنيانهم من القواعد فخر عليهم السقف من فوقهم )<sup>(٢)</sup>.

فالقاعدة في هاتين الآيتين بمعنى الأساس الحسي، وهو ما يرفع عليه البناء<sup>(٣)</sup>.

ومن القواعد بمعنى الأساس المعنوي للشئ ، قواعد الدين، وقواعد النحو، وقواعد الفقه وقواعد الأصول ، فهذه كلها قواعد معنوية بمعنى أسسها التي يقوم عليها<sup>(٤)</sup>.

وبهذا المعنى اللغوي للقاعدة يكون لكل علم أسسه وقواعده. فهناك القواعد القانونية، والهندسية، واللغوية، وغير ذلك من العلوم لكل منها قواعده الخاصة به.

---

(١) سورة البقرة آية [١٢٧].

(٢) سورة النحل آية [٢٦].

(٣) قال الزجاج : القواعد أساطين البناء التي تعتمد، وقواعد اليهودج خشبات أربع معترضة في أسفله تتركب عيدان اليهودج فيها . انظر : المعلم بطرس البستاني - محيط المحيط - طبع في بيروت سنة ١٢٨٦ هـ، المجلد الثاني باب القاف ص ١٢٣٨ ، ابن منظور - لسان العرب - المطبعة الأميرية ببولاق الطبعة الأولى سنة ١٣٠٠ هـ ، ج٤ ، فصل القاف حرف الدال ص ٣٦٤ ، الراغب الأصفهاني معجم مفردات ألفاظ القرآن ، تحقيق نديم مرعشلي ، دار الكتاب العربي سنة ١٩٧٢م ، ص ٤٢٤ .

(٤) وتطلق القاعدة عند المهندسين على ضلع من أضلاع المثلث وعلى الوتر بالنسبة إلى كل قطعتي دائرة. والقواعد كذلك جمع قاعد من النساء وهي التي قعدت عن الولد والحيض والتزوج وهي المرأة الكبيرة المسنة. قال تعالى : " والقواعد من النساء التي لا يرجون نكاحاً " النساء / ٦٠. راجع في ذلك: الفيومي المصباح المنير - مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، بدون تاريخ ، ج٢ ، ص ١٦٩ ، للرازي - مختار الصحاح - الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية - الطبعة التاسعة سنة ١٩٦٢م ، ص ٥٤٤ ، مجمع اللغة العربية، معجم ألفاظ القرآن الكريم - الهيئة المصرية العامة للتأليف والنشر، الطبعة الثانية - سنة ١٩٧٠ المجلد الثاني ، ص ٤٠٩ ، المعجم الوسيط ، مطابع دار المعارف بمصر الطبعة الثانية، سنة ١٩٧٢ ، ج٢ ، ص ٧٤٨ ، للزمخشري - أساس البلاغة - دار المعرفة ببيروت - بدون تاريخ ص ٣٧٢.

## ثانياً: القاعدة فى الاصطلاح :

والقاعدة فى الاصطلاح العام الشامل هى : قضية كلية أو حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته . أو هى : قضية كلية يتعرف منها أحكام جزئياتها <sup>(١)</sup>.

وقد عرفها كثير من العلماء بمثل هذا التعريف بوصفها جامعة لما تحته من فروع، من غير نظر إلى ما شذ عنها وما استثنى منها <sup>(٢)</sup>.

ولكن تعريف القاعدة بهذا الاعتبار، وإن كان يصح فى بعض العلوم فلا يصح فى جميعها، لأنه يعنى أن القاعدة حكم عام على الجزئيات والفروع المندرجة تحته دون استثناء، ويصعب تطبيق ذلك على جملة القواعد الفقهية ؛ لأن القواعد الفقهية منها ما ينطبق على جميع جزئياته، ولا يخرج عن حكمه شئ منها، ومنها ما ينطبق على أكثر

---

(١) والقاعدة تطلق بهذا المعنى على الأصل والقانون والمسألة والضابط والمقصد: انظر المعلم بطرس البستاني، محيط المحيط، مرجع سابق، المجلد الثانى، ص ١٧٣٨، الجرجاني - التعريفات - دار الريان للتراث، سنة ١٤٠٣ هـ، ص ٢١٩، الفيومي - المصباح المنير - مرجع سابق - ج ٢ ص ١٦٩، مجمع اللغة العربية - المعجم الوسيط - مرجع سابق - ج ٢ ص ٧٤٨، د/ تيسير فائق أحمد محمود فى تقديمه لكتاب المنثور فى القواعد للزركشي - مرجع سابق - ج ١، ص ١٠.

(٢) للتعرف على مزيد من تعريفات للقاعدة بهذا المعنى، انظر على سبيل المثال ابن خطيب الدهشة مختصر من قواعد العلاني وكلام الإنسوي تحقيق مصطفى البنجوني، طبع بالعراق، اللجنة الوطنية للاحتفال بمطلع القرن الخامس عشر الهجري - ج ١، ص ٦٤، البكري، الاعتناء فى الفرق والاستثناء، مرجع سابق، ص ٨، د/ تيسير فائق أحمد محمود مقدمة تحقيق كتاب المنثور فى القواعد للزركشي، مرجع سابق، ج ١، ص ١٠، الشيخ / أحمد الزرقا - شرح القواعد الفقهية - مرجع سابق، ص ٢٣، محمود مصطفى عبود هرموش - القاعدة الكلية " إعمال الكلام أولى من إهماله " وأثرها فى الأصول - رسالة قدمت إلى كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية لنيل درجة الماجستير، الطبعة الأولى سنة ١٩٨٧م، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ص ٢٠ د/ حسنين محمود حسنين، العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة دار العلم الإمارات دبي، الطبعة الأولى سنة ١٩٨٨م، ص ١٥٥، د/ أحمد محمد الحصري - القواعد الكلية للفقه الإسلامي، مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٩٩٣م، ص ٧، د/ على الندوي - القواعد الفقهية - مرجع سابق، ص ٤٠-٤١، د/ محمود عبد الله العكازي، شرح القواعد الفقهية، سنة ١٩٩٨، ص ٨-٩، د/ رمضان على السيد الشرنباصي - المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، مطبعة الأمانة، القاهرة الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٥هـ، ص ٢٠١، د/ محمد بكر إسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دار المنار سنة ١٩٩٦م، ص ٥-٦، د/ يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، القواعد الفقهية مكتبة الرشد - الرياض - الطبعة الأولى سنة ١٩٩٨م، ص ١٤ وما بعدها، ولميلته أيضاً : قاعدة الأمور بمقاصدها، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى سنة ١٩٩٩م ص ١٣ د/ نجاح عثمان أبو العينين إسماعيل - أثر القواعد الفقهية المختلف فيها فى اختلاف الفقهاء. دراسة قدمت إلى كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر بالقاهرة للحصول على درجة الدكتوراه سنة ١٤٢٠هـ، ص ٨-٩.

جزئياته، وقد يخرج بعضها عن حكمه.

وفى ذلك يقول الحموى فى شرحه لكتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى:  
"هذا التعريف فيه نظر - وهو تعريف القاعدة بأنها حكم كلى ينطبق على جميع جزئياته  
لتعرف أحكامها منه - لأن ما فسر به القاعدة.. غير صحيح هنا؛ لأن القاعدة عند  
الفقهاء غيرها عند النحاة والأصوليين، إذ هى عند الفقهاء حكم أكثرى لا كلى ينطبق  
على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه" (١).

- إذا : فالقاعدة فى اصطلاح الأصوليين تختلف عنها فى اصطلاح الفقهاء.

- فالقاعدة الأصولية " هى حكم كلى ينطبق على جميع جزئياته لتعرف أحكامها  
منه" وهو نفسه تعريف القاعدة فى الاصطلاح العام (٢). وهذا يعنى أن القاعدة عند  
الأصوليين ينطبق حكمها على جميع جزئياتها، بحيث لا يشذ عنها فرع من الفروع،  
وإذا كان هناك شاذ خرج عن نطاق القاعدة فالشاذ أو النادر لا حكم له ولا ينقض  
القاعدة (٣). وذلك مثل قاعدة "الأمر إذا تجرد عن القرائن أفاد الوجوب" وقاعدة "النهى  
للتحريم"، ومثل قاعدة : "الفاعل مرفوع، والمفعول منصوب" عند النحاة (٤). تلك  
لأن القاعدة عند النحاة مثل القاعدة الأصولية ينطبق حكمها على جميع جزئياتها.

- أما القاعدة الفقهية: فقد عرفها الفقهاء بتعريفات كثيرة (٥) روعى فيها أن  
أحكامها أغلبية أو كثرية قد يخرج بعض جزئياتها على سبيل الاستثناء ونختار من

(١) الحموى - غمز عيون البصائر - مرجع سابق ج ١ ص ٥١.

(٢) راجع المراجع للمشار إليها فى هامش (٢) الصفحة السابقة.

(٣) انظر: د/ على الندوى - القواعد الفقهية - مرجع سابق ص ٤١.

(٤) انظر: محمود مصطفى عبود هرموش - القاعدة الكلية - أعمال الكلام أولى من إيماله - مرجع سابق  
ص ٢٠، د/ أحمد الحصرى - القواعد الكلية للفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ٨، د/ عبد العزيز عزام  
قواعد الفقه الإسلامى - مكتبة الرسالة الدولية سنة ١٩٩٩ ص ١٠.

(٥) عرفها السبكي بأنها : " الأمر الكلى الذى ينطبق على جزئيات كثيرة يفهم أحكامها منه" للسبكي الأشباه  
والنظائر - تحقيق/ عادل أحمد عبد الموجود، على محمد عوض - دار الكتب العلمية بيروت الطبعة  
الأولى سنة ١٩٩١م ج ١ ص ١١ وعرفها الحموى بأنها: " حكم أكثرى لا كلى ينطبق على أكثر  
جزئياته لتعرف أحكامها منه" الحموى - غمز عيون البصائر - مرجع سابق ج ١ ص ٥١.

وعرفها البعض بأنها: " حكم أغلبية ينطبق على معظم جزئياته" أو هى: " أصول فقهية كلية فى  
نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة فى الحوادث التى تدخل تحت موضوعها"  
د/ مصطفى الزرقا فى التقديم لكتاب شرح القواعد الفقهية لوالده الشيخ أحمد الزرقا - مرجع سابق -  
ص ٢٣، ص ٢٤، د/ رمضان على السيد الشرنباصى، د/ محمد كمال الدين إمام - التمدخل لدراسة==

هذه التعريفات تعريف صاحب درر الحكام الذى عرفها بأنها : " الحكم الكلى أو الأكثرى الذى يراد به معرفة حكم الجزئيات " <sup>(١)</sup>. وقريب من هذا التعريف ما ذكره بعض أساتذتنا المعاصرين بأنها : " هى حكم كلى ينطبق على جميع جزئياته أو أكثرها لتعرف أحكامها منه " <sup>(٢)</sup>.

### ويستفاد من تعريف القاعدة الفقهية ما يلى:

١- أن القاعدة الفقهية تتضمن حكماً عاماً يتناول مجموعة من المسائل الفقهية من أبواب الفقه المختلفة ، يربطها موضوع فقهي مشترك والحكم المتضمن فى القاعدة الفقهية هو حكم شرعى، وهذا يوضح إحدى خصائص القاعدة الفقهية وهى تعلقها بالأحكام الشرعية لا بغيرها من الأحكام التى تحتويها قواعد أخرى كالقواعد النحوية، أو اللغوية <sup>(٣)</sup>.

### القاعدة والضابط :

وتناول حكم القاعدة الفقهية لمجموعة من الأبواب الفقهية يميز القاعدة عن الضابط الفقهي <sup>(٤)</sup>، فهو وإن كان يتضمن حكماً لمجموعة من الجزئيات والفروع، فإن ما يندرج تحته منحصر فى باب واحد من أبواب الفقه.

وقد أشار العلامة ابن نجيم إلى هذا الفرق بين القاعدة والضابط فيقول : " والفرق بين الضابط والقاعدة أن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى، والضابط يجمعها من

== الفكر الإسلامى - طبعة جديدة ص ٣٠٢ كما عرفها البعض بأنها : " حكم شرعى فى قضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها " أو هى : " أصل فقهي كلى يتضمن أحكاماً تشريعية عامة من أبواب متعددة فى القضايا التى تدخل تحت موضوعه " انظر د/ على الندوى القواعد الفقهية - مرجع سابق ص ٤٣ ، ص ٤٥ ، د/ أحمد الحصرى - القواعد الكلية للفقه الإسلامى - مرجع سابق - ص ٨ د/ محمود العكازى شرح القواعد الفقهية - مرجع سابق - ص ٨.

(١) انظر: على حيدر - درر الحكام شرح مجلة الأحكام - مرجع سابق - ج ١ ص ١٩.  
(٢) د/ رمضان على السيد الشرنباوى ، د/ محمد كمال الدين إمام - المنخل لدراسة الفكر الإسلامى مرجع سابق ص ٣٠٢.

(٣) انظر: د/ محمد سراج ، أصول الفقه الإسلامى - ص ٣٩١ ، د/ على الندوى - القواعد الفقهية.  
(٤) الضابط فى اللغة من الضبط، يقال ضبط الشئ لزمه لزوماً شديداً وأحكمه وأتقنه، وضبط البلاد وغيرها قام بأمرها قياماً ليس فيه نقص ، لذلك فهو عند أرباب السياسة الحكم والقائد، وهو عند العلماء حكم كلى ينطبق على جزئياته" انظر: المعلم بطرس البستاني - محيط المحيط - مرجع سابق - المجلد الثانى ص ١٢٣٢ ، ابن منظور - لسان العرب - مرجع سابق - ج ٩ ص ٢١٤ ، الزمخشري - أساس البلاغة - مرجع سابق ص ٢٦٥ ، الراغب الأصفهاني - معجم مفردات ألفاظ القرآن - مرجع سابق ص ٣٠٠.



باب واحد، هذا هو الأصل <sup>(١)</sup> كما أشار إليه العلامة تاج الدين السبكي أيضًا في قوله: "... والغالب فيما اختص بباب وقصد به نظم صور متشابهة أن يسمى ضابطاً " <sup>(٢)</sup>.

وهكذا يفرق العلماء بين القاعدة والضابط <sup>(٣)</sup> من جهة أن القاعدة أعم وأشمل من الضابط فبينما نجد الضابط تنحصر جزئياته وفروعه المندرجة في حكمه في باب واحد من أبواب الفقه، فإننا نجد القاعدة الفقهية لا تنحصر جزئياتها وفروعها في باب فقهي واحد، وإنما يتناول حكمها فروغاً من أبواب مختلفة.

- فعلى سبيل المثال، لو نظرنا إلى قاعدة: " الأمور بمقاصدها " لوجدنا أنها تدخل في أبواب فقهية متعددة ، حيث ينطبق حكمها على أبواب العبادات، والجنايات، والعقود، والجهاد وغيرها من أبواب الفقه وكذلك القاعدة التي معنا: " لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان " فإن المسائل التي تدرج تحتها وينطبق عليها حكمها لا تختص بباب فقهي واحد، فهي تدخل في العقود جميعها، وكذلك التصرفات وفي الدعاوى والبيانات وغير ذلك، وهكذا سائر القواعد الفقهية.

أما إذا نظرنا إلى ضابط فقهي مثل : " ما نقص العين أو القيمة، نقصاً يفوت به غرض صحيح ، والغالب جنس المبيع عدمه ". فهذا خاص بباب من أبواب المعاملات وهو الخيار، ومن هذا القبيل أيضاً ما جاء في باب السلم : " كل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه، وما لا يمكن ضبط صفته، ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه " <sup>(٤)</sup>، إلى غير ذلك من الضوابط الفقهية التي يختص كل منها بباب فقهي لا يتعداه إلى غيره، وهذا بالطبع بخلاف القاعدة ؛ ولذلك نجد أن القاعدة لها مستثنيات أكثر

(١) ابن نجيم - الأشباه والنظائر - مرجع سابق - الفن الثاني في الأشباه ص ١٦٦، الحموي - غمر عيون البصائر - مرجع سابق ج ١ ص ٣١.

(٢) السبكي - الأشباه والنظائر - مرجع سابق - ج ١ ص ١١.

(٣) للتعرف على مزيد من التمييز بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي انظر على سبيل المثال: محمود مصطفى عيود هرموش - القاعدة الكلية إعمال الكلام أولى من إهماله - مرجع سابق - ص ٢٦ د/علي الندوي - للقواعد الفقهية - مرجع سابق - ص ٤٦ وما بعدها ، عادل أحمد عبد الموجود ، على محمد معوض في التقديم لكتاب الاعتناء في الفرق والاستثناء للبكري الشافعي - مرجع سابق - ج ١ ص ١٠، د/ محمد بكر إسماعيل - القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه - مرجع سابق - ص ٨ د/نجاح عثمان أبو العينين إسماعيل أثر القواعد المختلف فيها في اختلاف الفقهاء - مرجع سابق - ص ٣٦ وما بعدها د/ أحمد بن محمد العنقري في التقديم لكتاب الأشباه والنظائر لابن الوكيل مكتبة الرشد - الرياض - الطبعة الثانية سنة ١٩٩٧ - ج ١ ص ١٩.

(٤) د/ علي الندوي - للقواعد الفقهية - مرجع سابق - ص ٤٩.

مما للضابط<sup>(١)</sup>.

وهناك فرق آخر بين القاعدة والضابط وهو : أن القاعدة في الأعم الغالب متفق عليها بين المذاهب أو أكثرها ، أما الضابط فإنه يختص بمذهب معين إلا ما ندر عمومته ، بل منه ما يكون وجهة نظر فقيه خاص في مذهب معين قد يخالفه فيه فقهاء آخرون من المذهب نفسه<sup>(٢)</sup>.

٢- القاعدة الفقهية تتضمن أحكاماً أغلبية ، أو أكثرية: بالنظر إلى تعريفات القاعدة الفقهية، نجد أنها تشير إلى خصيصة مهمة من خصائصها ، وهي أنها تتسم بصفة الأغلبية أو الأكثرية، ومعنى ذلك، أن حكم القاعدة الفقهية غير مطرد في كل جزئياتها فهو لا يتحقق في كل جزئية من جزئياتها، بل إن حكمها حكم على الغالب من جزئياتها لا على كل واحد منها، وفي ذلك إشارة إلى المستثنيات والشواذ في القاعدة الفقهية، فقلما تخلو قاعدة منها من مستثنيات من فروع الأحكام التطبيقية خارجة عنها<sup>(٣)</sup>.  
فمثلاً، قاعدة: " إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام " هذه القاعدة لفظ حديث أورده جماعة " ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام الحلال " وقيل لا أصل له، وضعفه البيهقي. وقال المبكي في الأشباه والنظائر : غير أن القاعدة في نفسها

---

(١) د/ محمد بكر اسماعيل - القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه - مرجع سابق - ص ٩.

(٢) انظر: د/ نجاح عثمان أبو العنين - أثر القواعد الفقهية المختلف فيها - مرجع سبق - ص ٣٧.

تجدر الإشارة إلى أن التفرقة بين القاعدة والضابط لم يظهر إلا في العصور المتأخرة فقد كان الأولون يخلطون بينهما ، فهذه التفرقة عند أكثر العلماء وبخاصة المتأخرون منهم. انظر: د/ علي الندوي القواعد الفقهية - مرجع سابق - ص ٥٢، د/ محمد بكر اسماعيل - القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه - مرجع سابق - ص ٨ ، ١٠ ، د/ أحمد العنقري في التقديم لكتاب الأشباه والنظائر لابن الوكيل - مرجع سابق - ج ١ ص ١٩، د/ يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين - القواعد الفقهية مرجع سابق - ص ٥٩، د/ نجاح أبو العنين - أثر القواعد الفقهية المختلف فيها في اختلاف الفقهاء مرجع سابق ص ٣٦ وما بعدها.

(٣) انظر: د/ مصطفى أحمد الزرقا - في مقدمة كتاب شرح القواعد الفقهية - مرجع سابق ص ٣٤، د/ أحمد محمد الحصري - القواعد الكلية للفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ٨ ، د/ علي الندوي - القواعد الفقهية - مرجع سبق - ص ٤٣ ، عادل عبد الموجود، علي محمد معوض في التقديم لكتاب الاعتناء في الفرق والاستثناء - مرجع سابق - ج ١ ص ١٢، محمود مصطفى عبود فرموش القاعدة الكلية لإعمال الكلام أولى من إهماله - مرجع سابق - ص ٢١، د/ محمد سراج - أصول الفقه الإسلامي مرجع سابق ص ٣٩١، د/ عبد العزيز عزام - قواعد الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ١١ د/ نجاح أبو العنين اسماعيل - أثر القواعد الفقهية المختلف فيها في اختلاف الفقهاء - مرجع سابق ص ٩.

صحيحة. ومن فروعها إذا تعارض دليلان أحدهما يقتضى التحريم والآخر الإباحة قدم التحريم. ومن ثم قال عثمان لما سئل عن الجمع بين الأختين بملك اليمين: أحلتها آية وحرمتها آية ، والتحريم أحب إلينا، وكذلك تعارض حديث: " لك من الحائض ما فوق الإزار " وحديث: " اصنعوا كل شئ إلا النكاح " فإن الأول يقتضى تحريم ما بين السرة والركبة، والثانى يقتضى إباحة ما عدا الوطاء، فيرجح التحريم احتياطاً.

قال السيوطى: قال الأئمة: وإنما كان التحريم أحب لأن فيه ترك مباح لاجتناب محرم، وذلك أولى من عكسه<sup>(١)</sup>.

فهذه قاعدة كلية ، ومع ذلك يخرج عنها بعض فروعها وعن ذلك: الاجتهاد فى الأوانى إذا كان بعضها طاهراً وبعضها نجساً والأقل نجس فالتحرى جائز ويرى ما غلب على ظنه أنه نجس، ومنها الاجتهاد فى ثياب منسوجة من حرير وغيره - يحل إن كان الحرير أقل وزناً وكذا إن استويا، ومنها - تفسير القرآن يجوز مسه للمحدث إن كان أكثر من القرآن وكذا إن استويا فى الأصح إلا أن كان القرآن أكثر، ومنها لو اعتلفت الشاة علفاً حراماً لم يحرم لبنها ولحمها، ولكن تركه أروع، وكذا لو سقاها خمراً ثم ذبحها من ساعته فإنها تحل بلا كراهة ، إلى غير ذلك من الفروع التى خرجت عن الحكم الذى تضمنته القاعدة وهو تغليب الحرام إذا اجتمع مع الحلال<sup>(٢)</sup>.

وهكذا ، فإننا لانجد قاعدة واحدة إلا استثنى منها فروع<sup>(٣)</sup> ، بل نجد أن بعض القواعد ما استثنى من فروعها أكثر مما اندرج تحت حكمها.

ومثال ذلك: قاعدة : " من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه ".

قال السيوطى: إذا تأملت ما أورده علمت أن الصور الخارجة عن القاعدة أكثر

(١) السبكي - الأشباه والنظائر - مرجع سابق ج ١ ص ١١٨ ، ص ٣٨٠ ، السيوطى - الأشباه والنظائر مرجع سابق - ص ١١٧ ، ابن نجيم الأشباه والنظائر - مرجع سابق - ص ١٠٩ .

(٢) انظر: السبكي - الأشباه والنظائر - مرجع سابق - ج ١ ص ١١٨ ، السيوطى - الأشباه والنظائر مرجع سابق ص ١١٩ ، ابن نجيم - الأشباه والنظائر ص ١١٢ .

(٣) راجع كتب الأشباه والنظائر السابق الإشارة إليها، للتعرف على هذه الاستثناءات، وراجع د/ نجاح أبو العينين إسماعيل - المستثنيات فى العبادات والمعاملات، وقواعدها الشرعية التى ترد عليها فى الفقه الإسلامى - رسالة قدمت إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة جامعة الأزهر للحصول على درجة الماجستير فى الفقه لعام ١٩٩٦ م.

من الداخلة فيها، بل في الحقيقة، لم يدخل فيها غير حرمان القاتل الإرث<sup>(١)</sup>.

مرد هذه الاستثناءات: بالتأمل في أقوال العلماء في ذلك نستخلص منها أن استثناء بعض الفروع من نطاق تطبيق قاعدة ما يرجع إلى أنها تكون أليق بالتخريج على قاعدة أخرى<sup>(٢)</sup>، وذلك لأن القاعدة الفقهية لها شبه بالقياس<sup>(٣)</sup>، من جهة أنها تجمع عدداً من المسائل الفقهية ينطبق عليها حكمها، والقياس قد يتم العدول عنه في بعض المسائل إلى حلول استحسانية<sup>(٤)</sup> (استثنائية لمقتضيات خاصة بتلك المسائل،

---

(١) السيوطي - الأشباه والنظائر - مرجع سابق ص ١٧٠، وفي نفس القاعدة ومستثباتها كذلك انظر: ابن نجيم - الأشباه والنظائر - مرجع سابق - ص ١٥٩.

(٢) انظر في ذلك: مصطفى الزرقا في مقدمته لكتاب شرح القواعد الفقهية مرجع سابق ص ٣٤، د/ علي الندوي - القواعد الفقهية - مرجع سابق - ص ٢٣، د/ أحمد الحصري - القواعد الكلية للفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ٨، محمود مصطفى عبود هرموش - مرجع سابق - ص ٢١، د/ نجاح أبو العينين إسماعيل - أثر القواعد الفقهية المختلف فيها في اختلاف الفقهاء - مرجع سابق - ص ٩.

(٣) والقياس في اللغة عبارة عن التقدير، ومنه يقال: قُست الأرض بالقُصبة وقُست الثوب بالذراع، أي قدرته بذلك، وهو يستدعي أمرين يضاف أحدهما إلى الآخر بالمساواة. فهو نسبة وإضافة بين شئين ولهذا يقال فلاناً يقاس بفلان ولا يقاس بفلان أى يساويه ولا يساويه.

وأما في الاصطلاح فقد عرفه الأصوليون بتعريفات كثيرة نختار منها تعريف البيضاوي وهو: "إثبات مثل حكم معلوم في معلوم آخر لاشتراكهما في علة الحكم عند المثبت" أي إلحاق صورة مجهولة الحكم بصورة معلومة الحكم لأجل أمر جامع بينهما يقتضي هذا الحكم. والمراد إلحاق أمر لم ينص على حكمه في الكتاب أو السنة أو الإجماع بأمر نص عليه في أحدهما لاشتراكهما في علة عند الحكم: انظر في تعريف القياس وبين أركانه وشروطه. الأمدى - الإحكام في أصول الأحكام - مؤسسة الحلبي وشركاه للنشر والتوزيع - بدون تاريخ ج ٣ ص ١٦٧ وما بعدها، أبو بكر ابن العربي المالكي - المحصول في أصول الفقه - دار البيارق - الطبعة الأولى سنة ١٩٩٩ م ص ١٢٤، الباجي - كتاب الحنود في الأصول - تحقيق - نزيه حماد - دار الآفاق العربية الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٠ م ص ٦٩، محمد الخضري - أصول الفقه - دار الحديث - القاهرة - بدون تاريخ ص ٣٣٣، د/ أحمد فراج حسين - أصول الفقه الإسلامي - دار الهدى للطبوعات سنة ٢٠٠٠ م ص ٨٨، د/ عبد الكريم زيدان - الوجيز في أصول الفقه مكتبة القدس - مؤسسة الرسالة - الطبعة الثانية سنة ١٩٨٧ م ص ١٩٤، د/ رمضان علي السيد الشرنبلي - أصول الفقه الإسلامي - سنة ٢٠٠٠ م ص ٦٤.

(٤) الاستحسان لغة: عُد الشيء حسناً ويطلق على ما يهواه الإنسان ويميل إليه، وفي اصطلاح الأصوليين فهو: العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى حكم آخر لوجه أقوى يقتضي هذا العدول" تنظر: الأمدى - الإحكام في أصول الأحكام - مرجع سابق - ج ٣ ص ١٣٧، د/ عبد الكريم زيدان الوجيز في أصول الفقه - مرجع سابق - ص ٢٣١، د/ أحمد فراج حسين - أصول الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ١١٩.

تجعل الحكم الاستثنائي فيها أحسن وأقرب إلى مقاصد الشريعة<sup>(١)</sup> في تحقيق العدالة، وجلب المصالح، ودرء المفاسد، ودفع الحرج، وذلك مثل جواز عقد السلم والاستصناع وغير ذلك من أنواع الاستحسان).

فكأن المستثنيات من القواعد الفقهية من هذا القبيل، حيث يتم العدول ببعض جزئيات القاعدة إلى حكم قاعدة أخرى استحقاقاً لذلك لما فيه من موافقة لمقاصد الشريعة.

فنجد مثلاً قاعدة: "الضرر يزال" هذه قاعدة كلية كبرى يندرج تحتها قواعد أخرى، ويتفرع على ذلك كثير من الفروع الفقهية<sup>(٢)</sup>.

هذه القاعدة تنص على وجوب إزالة الضرر، ظاهرها يدل على إزالته ولو بضرر مثله، فجاءت قاعدة أخرى — متعلقة بها — وهي قاعدة "الضرر لا يزال بالضرر". وفروع هذه القاعدة خارجة من عموم القاعدة السابقة، لأنها بمثابة قيد عليها، أي إن

---

(١) والمرك بمقاصد الشريعة: المصالح التي تعود إلى العباد في دنياهم وأخراهم العامة منها والخاصة، وليست هي ما يراه الإنسان مصلحة له ونفعاً حسب هواه، وإنما ما كانت كذلك في ميزان الشرع وفي هذا ذكر الإمام الغزالي أن المصلحة هي: "المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهي أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم، ومالهم ونسلهم". انظر: الإمام الغزالي — المستصفي — المطبعة الأميرية ببولاق الطبعة الأولى سنة ١٣٢٢ هـ — ج ١ ص ٢٨٧.

وهذه المقاصد تنقسم بحسب أهميتها إلى ثلاثة أقسام: ١- ضرورة وهي ما لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا وهي حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل وهي مراعاة في كل ملة. ٢- حاجية وهي الأمور التي يحتاج إليها الناس لرفع الحرج والمشقة عنهم. ٣- تحسينية ومعناها الأخذ بما يليق من محاسن العادات وتجنب الممنوعات التي تأنفها العقول للرجحات. ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق. انظر: الشاطبي — الموافقات — دار المعرفة بيروت — للطبعة الثانية سنة ١٩٩٦ ج ١ ص ٣٢٥، وما بعدها الغزالي — المستصفي — المرجع السابق — ج ١ ص ٢٨٧، د/ محمد مصطفى شلبي — تحليل الأحكام مطبعة الأزهر — سنة ١٩٤٧ ص ٢٧٨، د/ سمير علقية — علم القانون والفقه الإسلامي — نظرية القانون والمعاملات الشرعية — المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع — بيروت — للطبعة الأولى سنة ١٩٩١ ص ١٢٧ وما بعدها.

(٢) أصل هذه القاعدة قوله — صلى الله عليه وسلم —: "لا ضرر ولا ضرار" أخرجه الإمام مالك في الموطأ — دار إحياء الكتب العربية بدون تاريخ ج ٢ ص ٧٤٥ كتاب الأقضية.

وتعني هذه القاعدة بإيجاز: أن إزالال الضرر بالنفس حرام وتجب إزالته لأنه ظلم، ومعنى نفى الضرر أي لا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء، ويتفرع على هذه القاعدة فروع كثيرة في أبواب الفقه الإسلامي، مثل الرد بالعيب، والخيارات، والحجر وغيرها من أبواب الفقه الإسلامي. راجع في هذه القاعدة وفروعها: السبكي — الأشباه والنظائر — مرجع سابق — ج ١ ص ٤١، للسيوطي — الأشباه والنظائر — مرجع سابق — ص ٩٢، ابن نجيم — الأشباه والنظائر — مرجع سابق ص ٨٥، العز بن عبد السلام — القواعد الصغرى — دار الجيل ببيروت الطبعة الثانية سنة ١٩٩٤ م ص ٥.

الضرر يزال ولكن لا بضرر، لأنه لو أزيل بالضرر لما صدق: "الضرر يزال"<sup>(١)</sup>.

ولذلك: يجوز للمضطر أن يأكل طعام مضطر آخر، حتى لا يزيل ضرره بضرر غيره<sup>(٢)</sup>.

ومثل ذلك أيضا: قاعدة: "الضرورات تبيح المحظورات"<sup>(٣)</sup>. هذه القاعدة تفيد إباحة الممنوع عند الضرورة، ولكن على سبيل العموم؛ لذلك كانت القاعدة الأخرى التي تحد من هذا العموم، وهي قاعدة: "ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها"<sup>(٤)</sup> أو "الضرورات تقدر بقدرها"، ومن ثم، فلا يحل للمضطر أن يأكل من الميتة إلا ما يسد رمقه، كما أنه لا يباح للطبيب أن ينظر من الأجنبية المريضة إلا ما لا بد منه لمداواتها ولا يتعداه<sup>(٥)</sup>.

ويستفاد من ذلك: أن ما يستثنى من قاعدة فقهية إنما يكون لانتزاجه تحت قاعدة أخرى يكون إعمال حكمها على ما استثنى أقرب إلى تحقيق مقاصد الشريعة.

- بينا أن القاعدة الفقهية أغلبية غير مطردة، فهل يكون ذلك ناقضا لكليتها أو قلحا في عمومها، وقيمتها العلمية؟

الحقيقة أن ذلك لا ينقض كلية تلك القواعد ولا يقدح في عمومها، ولا ينقص من قيمتها العلمية. والدليل على ذلك: ما ذكره الإمام الشاطبي - رحمه الله - إذ يقول: "في الأمر الكلي إذا ثبت كليا فتخلف بعض الجزئيات عن مقتضى الكلي لا يخرج عنه كونه كليا، وأيضا: فإن الغالب الأكثرى معتبر في الشريعة اعتبار العام القطعي، لأن

---

(١) السبكي - الأشباه والنظائر - مرجع سابق - ج ١ ص ٤١.

(٢) وقد فرغ الفقهاء على ذلك كثيرا من الفروع الفقهية منها: عدم وجوب العمارة على الشريك، فإذا كان اثنين يشتركان في منزل يحتاج إلى عمارة وترميم وأحد الشريكين غير مستطيع فلا يجب إجباره كما هو مذهب الشافعي الجديد لأن في إجباره إزالة ضرر أحدهما بضرر الآخر، فلم يرتفع الضرر. د/ عبد العزيز عزام - قواعد الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ١٨٣.

(٣) هذه القاعدة متفرعة من قاعدة: "المشقة تجلب التيسير" وهي تعني: أن الممنوع شرعا يباح عند الضرورة أي الحاجة الشديدة وأصلها قوله تعالى: "وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه" الأنعام/١١٩ وقوله تعالى: "فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم" المائدة/٣.

(٤) المنوي - الأشباه والنظائر - مرجع سابق ص ٩١.

(٥) انظر: محمود مصطفى عبود هروش - المرجع السابق - ص ٢٢، د/ رمضان على السيد الشرنباصي - المدخل لدراسة الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ٣٠٨، ٣٠٩، د/ عبد العزيز عزام - قواعد الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ١٤٩.

المتخلفات الجزئية لا ينتظم منها كلى يعارض هذا الكلى الثابت<sup>(١)</sup>. فالجزئيات المتخلفة قد يكون تخلفها بحكم خارجة عن مقتضى الكلى فلا تكون داخلة تحته أصلاً، أو تكون داخلة لكن لم يظهر لنا دخولها، أو داخلة عندنا لكن عارضها على الخصوص ما هي به أولى.. فعلى كل تقدير لا اعتبار بمعارضة الجزئيات فى صحة وضع الكليات للمصالح..<sup>(٢)</sup>.

ويقول فى موضع آخر: " .. لما كان قصد الشارع ضبط الخلق إلى القواعد العامة، وكانت العوائد قد جرت بها سنة الله أكثرية لا عامة، وكانت الشريعة موضوعة على مقتضى ذلك الوضع، كان من الملتفت إليه إجراء القواعد على العموم العادى، لا العموم الكلى التام الذى لا يختلف عنه جزئى ما "<sup>(٣)</sup>.

وبذلك فإن الاستثناء من القاعدة الفقهية لا يتعارض مع كونها كلية عامة ولا يخرج ما استثنى عن الاندماج تحت قاعدة أخرى<sup>(٤)</sup>، ولذا كان اختيارنا لتعريف القاعدة الفقهية بأنها حكم كلى...<sup>(٥)</sup>.

**٣- فائدة القواعد الفقهية وأهميتها:** يشير تعريف القاعدة الفقهية - أخيراً - إلى الفائدة المرجوة منها، وأهميتها، وقيمتها العلمية، فهى تهدف إلى التعرف على الأحكام الفقهية المتعلقة بأفعال المكلفين بطريقة سهلة ميسرة، ذلك لأن أفعال المكلفين كثيرة يصعب حصرها، ومن ثم فإن مسائل الفقه وفروعه كثيرة بحيث يتعذر حصرها فكانت القواعد الفقهية ضرورية لضبط تلك المسائل المنتشرة المتعددة، وتنظيمها تحت أصول، ومبادئ فقهية على نحو يفسر التعرف على أحكامها بإدراك الروابط بين الجزئيات المنفرقة، فهى كما يقول ابن رجب: "... تضبط للفقيه أصول المذهب ... وتنظم له منثور المسائل فى سلك واحد، وتقيد له الشوارد، وتقرب عليه كل متباعد"<sup>(٦)</sup>.

(١) يسوق الإمام الشاطبى أمثلة تؤيد ذلك فيقول: إن العقوبات مشروعة للإزجار مع إنا نجد من يعاقب فلا يزدجر عما عوقب عليه، والقصر فى السفر مشروع للتخفيف وللحقوق المشقة والممل، والمترف لا مشقة له والقصر فى حقه مشروع. انظر: الشاطبى - الموافقات - مرجع سابق ج ٢ ص ٣٦٤.

(٢) الشاطبى - الموافقات - مرجع سابق - ج ٢ ص ٣٦٤، ص ٣٦٥.

(٣) الشاطبى - الموافقات - المرجع السابق - ج ٣ ص ٢٣٦.

(٤) انظر: على حيدر - نثر الحكام - مرجع سابق - ج ١ ص ١٥، محمود مصطفى هرموش - مرجع سابق - ص ٢١، د/ عبد العزيز عزام - قواعد الفقه الإسلامى - مرجع سابق - ص ١٢، د/ نجاح عثمان أبو العينين - أثر القواعد المختلف فيها فى اختلاف الفقهاء - مرجع سابق ص ٣١.

(٥) راجع ما سبق فى تعريف القاعدة الفقهية.

(٦) انظر: ابن رجب - القواعد فى الفقه الإسلامى - تقديم طه عبد الرؤوف سعد - مكتبة الكليات الأزهرية - الطبعة الأولى سنة ١٩٧١م ص ٢.

إن ضبط الفروع بالقواعد الفقهية — وهي سهلة الحفظ — يسهل استنكار أحكامها ويغنى عن حفظها ، متى تم التمكن من إدراك العلل الجامعة بين هذه الفروع والجزئيات، التي لا تختلف باختلاف الأبواب والموضوعات، وهذا يجعل الفروع في متناول يد الباحث عن أحكامها ، وبذلك يتحقق عموم الشريعة وشمولها للأحكام فلولا هذه القواعد لكانت الفروع الفقهية متفرقة مشتتة، لا يسهل الرجوع إليها، ولا استخراج أحكامها<sup>(١)</sup>.

وفي ذلك يقول الإمام القرافي : " ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لانتراجها في الكليات"<sup>(٢)</sup>.

— كما أن تخريج الفروع استنادا إلى القواعد الكلية يجنب الفقيه من التناقض الذي قد يترتب على التخريج من المناسبات الجزئية.

وقد نبه القرافي إلى هذا أيضا بقوله : ".... ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلقت.." <sup>(٣)</sup> فالقواعد الفقهية تمكن من تخريج الفروع بطريقة سليمة ، واستنباط الحلول للوقائع الجزئية المتجددة عبر العصور والأجيال<sup>(٤)</sup>.

---

(١) د/ أحمد بن محمد العنقري في التقديم لكتاب الأشباه والنظائر لابن الوكيل — مرجع سابق — ج ١ ص ٢٢، د/ تيسير فائق أحمد محمود في تقديمه لكتاب المنثور في القواعد للزركشي — مرجع سابق — ج ١ ص ٣٤ ، مصطفى الزرقا في تقديمه لكتاب شرح القواعد الفقهية لوالده الشيخ أحمد الزرقا — مرجع سابق — ص ٣٥ ، محمود مصطفى عبود هروش — مرجع سابق — ص ٢٢، د/ رمضان على السيد لشرناصى المخذل لدراسة الفقه الإسلامي — مرجع سابق — ص ٣٠٢ ، د/ محمود النعكازي — شرح لقواعد الفقهية — مرجع سابق — ص ١٤، د/ حسنين محمود حسنين — العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي — مرجع سابق — ص ١٥٥ ، د/ يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين — لقواعد الفقهية — مرجع سابق — ص ١١٤.

(٢) للقرافي — للفروق — عالم يكتب — بيروت — طبعة جديدة — بدون تاريخ ج ١ ص ٢.

(٣) للقرافي — للفروق — مرجع سابق — ج ١ ص ٢.

(٤) د/ أحمد بن محمد العنقري في مقدمته لكتاب الأشباه والنظائر لابن الوكيل — مرجع سابق — ج ١ ص ٢٢، د/ يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين — القواعد الفقهية — مرجع سابق — ص ١١٦. للمزيد من التعرف على فوائد القواعد للفقهية انظر: د/ عبد العزيز عزام — قواعد للفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ١٤، د/ يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، القواعد لتفقيية مرجع سابق — ص ١١٧، د/ أحمد بن محمد العنقري — للمرجع السابق ج ١ ص ٢٤، د/ نجاح عثمان أبو العيين — أثر القواعد لتفقيية المختلف فيها في اختلاف الفقهاء — مرجع سابق — ص ٢٦.



فلا شك في أن دراسة القواعد الفقهية تؤدي أجل الخدمات للفقهاء، فمن حيث نفعها للفقهاء تجعله دائم التجدد، فلا تتحجر مسائله ولا تتجمد قضاياه. أما من حيث نفعها للفقهاء، فهي تأخذ بأيديهم إلى أيسر السبل لاستنباط الأحكام، وضبطها في شكل مجموعات على أساس اشتراك كل مجموعة في العلة، سواء اختلفت موضوعاتها وأبوابها أم اتحدت.

## المبحث الثاني

### مقارنة بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية

قد يبدو للناظر في كل من القواعد الفقهية والقواعد الأصولية لأول وهلة أنه لا فارق بينهما، لذلك يصعب على كثير من الدارسين والباحثين التمييز بينهما فيخلطون بينهما في كتبهم لما بينهما من تداخل وتشابه<sup>(١)</sup>.

فهما يشتهيان من الناحية الشكلية في جهة الصياغة، حيث تمتاز القواعد بمزيد الإيجاز والإتقان في الصياغة، على عموم معناها وسعة استيعابه للفروع الجزئية، حيث نرى القاعدة - الأصولية أو الفقهية - تصاغ بكلمتين، أو ببضع كلمات محكمة من ألفاظ العموم<sup>(٢)</sup>، وذلك مثل: "العادة محكمة"، "الضرر يزال"، "الأمر للوجوب"<sup>(٣)</sup>.

كما أن بينهما تشابها من جهة أن كلا منهما تدرج تحته قضايا جزئية، كما يشتهيان كذلك من جهة الهدف أو الغاية من كل منهما، وهو التوصل إلى الأحكام الشرعية<sup>(٤)</sup>.

---

(١) وفي ذلك يقول الدكتور/ يعقوب بن عبد الوهاب الباسحين - "لم أجد في المراجع القديمة من فرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية باستثناء ما أورده القرافي في مقدمة كتابه الفروق" انظر: د/ يعقوب الباسحين - للقواعد الفقهية - مرجع سابق - ص ١٣٥، عادل أحمد عبد الموجود، على محمد معوض في التقديم لكتاب الاعتناء في الفرق والاستثناء للبكري - مرجع سابق - ج ١ ص ١١، د/ محمد بكر اسماعيل - للقواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه - مرجع سابق - ص ١٣.

(٢) ألفاظ العموم في علم أصول الفقه هي الألفاظ الموضوعية لغة للدلالة بصيغتها أو بمعناها على أفراد كثيرة غير محصورة على سبيل الاستغراق، مثل لفظ المؤمنون، ولفظ القوم وهكذا، وألفاظ العموم مبنية في بحث العلم والخاص في كتب أصول الفقه انظر منها على سبيل المثال - الأمدى - الإحكام في أصول الأحكام - مرجع سابق - ج ٢ ص ١٨٤، وما بعدها، د/ محمد أبو النور زهير - أصول الفقه المكتبة الأزهرية للتراث، سنة ١٩٩٢، ج ٢ ص ١٩٩، وما بعدها، د/ عبد الكريم زيدان - الوجيز في أصول الفقه - مرجع سابق - ص ٣٠٥، د/ أحمد فراج حسين أصول الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٢١٣، د/ رمضان على السيد الشرنباصى - أصول الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ١٦٢، د/ محمد كمال الدين إمام - أصول الفقه الإسلامي - المؤسسة الجامعية للدراسات سنة ٢٠٠٠م ص ٢٥٧.

(٣) انظر: مصطفى الزرقا - شرح القواعد الفقهية - مرجع سابق - ص ٣٤، محمود مصطفى عبود هروموش - للقاعدة الكلية إعمال الكلام أولى من إهماله - مرجع سابق ص ٢١.

(٤) د/ على الندوى - القواعد الفقهية - مرجع سابق - ص ٦٩، د/ تيسير فاتح أحمد محمود في تقديمه لكتاب المنثور في القواعد للزركشى - مرجع سابق - ج ١ ص ٣٢، د/ عبد الكريم زيدان - الوجيز في أصول الفقه - مرجع سابق ص ١٣، د/ نجاح عثمان أبو العنين - أثر القواعد الفقهية المختلف فيها في اختلاف الفقهاء - مرجع سابق - ص ٣٢، د/ رمضان على السيد الشرنباصى، د/ محمد كمال إمام المدخل لدراسة الفكر الإسلامي - مرجع سابق - ص ٣٠٥.

ولكن بالرغم من هذا الشبه فإن بينهما أوجه اختلاف أهمهما ما يلي:

١- أن القواعد الأصولية يندرج تحتها أنواع من الأدلة الإجمالية<sup>(١)</sup> التي تسمح باستنباط الأحكام الشرعية منها من خلال ما يندرج تحتها من أدلة جزئية تفصيلية فالأمر للوجوب دليل إجمالي يندرج تحته نصوص كثيرة في الكتاب والسنة في صيغة الأمر مثل: " وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة " وما شابه ذلك من الأدلة الجزئية التفصيلية التي يدل كل منها على حكم خاص لفعل خاص أو لتصرف بعينه<sup>(٢)</sup> وأما القواعد الفقهية، فهي عبارة عن مسائل وقضايا كلية تندرج تحتها أحكام الفقه نفسها، والمبنيّة على قواعد الأصول والتي تجمعها علة واحدة أو ضابط فقهي واحد<sup>(٣)</sup>.

٢- القواعد الأصولية وسيلة لاستنباط الأحكام الشرعية العملية حيث تعمل على أخذ هذه الأحكام من مصادرها الكلية، ومن هنا كان أغلبها ناشئاً من الألفاظ العربية<sup>(٤)</sup> وما يعرّض لتلك الألفاظ من نسخ وترجيح وعموم وخصوص وأمر ونهي وغير ذلك. أما القواعد الفقهية فهي ناشئة عن الأحكام والمسائل الشرعية المتشابهة<sup>(٥)</sup>.

---

(١) الأدلة الإجمالية هي التي يندرج تحتها أدلة جزئية كثيرة يدل كل واحد منها على حكم معين لفعل خاص وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس ، وموضوع أصول الفقه هو هذه الأدلة الإجمالية من حيثية معينة وهي إثبات الأحكام الشرعية منها. انظر : د/ حسين حامد حسان - الحكم الشرعي عند الأصوليين دار النهضة العربية - الطبعة الأولى سنة ١٩٧٢ م ص ٨، د/ أحمد فراج حسين أصول الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ١٤، د/ علي جمعة محمد - الحكم الشرعي عند الأصوليين - دار الهداية سنة ١٩٩٢ م ص ١٥.

(٢) د/ حسين حامد حسان - الحكم الشرعي عند الأصوليين - مرجع سابق - ص ٨.

(٣) د/ أحمد بن محمد العنقري - مرجع سابق - ج ١ ص ٢٠، د/ تيسير فائق أحمد محمود مرجع سابق - ج ١ ص ٣٣، د/ علي الندوي - القواعد الفقهية - مرجع سابق - ص ٦٩ د/ يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين - القواعد الفقهية - مرجع سابق - ص ١٤٠، د/ مصطفى سعيد الخن - أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء - مؤسسة الرسالة - الطبعة السابقة سنة ١٩٩٨ م ص ١١٧.

(٤) إضافة إلى استمداد القاعدة الأصولية من علم اللغة العربية لتوقف فهم الأدلة الكلية واستنباط الأحكام منها عليه فهي تستمد كذلك من علم الكلام - العقائد - وما يقتضيه من حيث معرفة الله تعالى ومعرفة صدق الرسل... ويستمد أيضاً من الأحكام الشرعية كالوجوب والتحريم من حيث تصورهما، وذلك لأن مقصود الأصولي من الأصول هو إثبات الأحكام أو نفيها - انظر: د/ علي جمعة محمد - الحكم الشرعي عند الأصوليين مرجع سابق - ص ٦، د/ محمود عبد الله العكازي - شرح القواعد الفقهية - مرجع سابق - ص ١٠.

(٥) انظر : د/ أحمد بن محمد العنقري - مرجع سابق - ج ١ ص ١٩، د/ يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين - مرجع سابق - ص ١٣٦، د/ محمود العكازي - مرجع سابق - ص ١٠. --

ويترتب على ذلك: ان النظر في القواعد الأصولية يكون خاصاً باللفظ من حيث تحققه في الفرع اندى يراد إثبات الحكم الشرعى له أو نفيه عنه، أو عدم تحققه، أما فى القواعد الفقهية، فإن النظر فيها خاص بالمعنى من حيث تحققه في الفرع الذى يراد النظر فى حكمه أو عدم تحققه<sup>(١)</sup>.

٣- القاعدة الفقهية تعد نتيجة للقاعدة الأصولية، ولذا فهى تتوقف عليها<sup>(٢)</sup>، فقواعد الأصول هى أصول القواعد الفقهية. وهذا يقتضى أسبقية القاعدة الأصولية فهى بمثابة القيود التى أخذ الفقيه نفسه بها عند استنتاجه، ككون ما فى القرآن مقدماً على ما جلت به السنة، وأن نص القرآن أقوى من ظاهره وغير ذلك من مسالك الاجتهاد، وهذه مقدمة فى وجودها على استنباط أحكام الفروع<sup>(٣)</sup>.

٤- القاعدة الفقهية موضوعها دائماً هو فعل المكلف بغرض التوصل لحكمه الشرعى، ككون هذا الفعل فى حقه واجباً أو حراماً أو مستحباً أو مكروهاً أو مباحاً. أما القاعدة الأصولية فموضوعها الدليل، حيث تنور حول استنباط الأحكام من ألفاظ الشارع أى أدلته، فهى وسط بين الأدلة والأحكام<sup>(٤)</sup>.

---

== وفى ذلك يقول الإمام القرافى - أصول الشريعة قسمان أحدهما المسمى بأصول الفقه وهى فى غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ من النسخ والترجيح، ونحو الأمر للوجوب، والنهى للتحريم، والتصيغة الخاصة للعموم ونحو ذلك. انظر: القرافى - الفروق - مرجع سابق - ج ١ ص ٢. (١) انظر: علان أحمد عبد الموجود، على محمد معوض فى التقديم لكتاب الاعتناء فى الفرق والاستثناء مرجع سابق - ج ١ ص ١١. (٢) انظر: السيد حسين مكى العاملى - قواعد استنباط الأحكام - الطبعة الأولى سنة ١٩٧٢ ج ١ ص ٥١ د/ محمود العكازى شرح للقواعد الفقهية - مرجع سابق - ص ١٠. (٣) ابن عقيل للبغدادى الحنبلية - الواضح فى أصول الفقه - تحقيق د/ عبيد الله بن المحسن التركى مؤسسة الرسالة - الطبعة الأولى - سنة ١٩٩٩ م، ج ١، ص ٧، للزنجاني - تخريج الفروع على الأصول - تحقيق وتعليق د/ محمد أنيب صالح، مؤسسة الرسالة الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٩ م، ص ٣٤ السيد حسين مكى العاملى - قواعد استنباط الأحكام - مرجع سابق - ص ٥٢، د/ على السنوي القواعد الفقهية - مرجع سابق - ص ٦٩، د/ محمود العكازى - شرح القواعد الفقهية - مرجع سابق ص ١١، د/ يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين - القواعد الفقهية - مرجع سابق - ص ١٤٠، د/ أحمد فراج حسين - أصول الفقه الإسلامى - مرجع سابق، ص ١٧، د/ مصطفى سعيد الخن - أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية فى اختلاف الفقهاء - مرجع سابق - ص ١٢١، مصطفى محمد سلامة، لتأسيس فى أصول الفقه على ضوء الكتاب والسنة - مكتبة خالد بن الوليد بميت عقبة سنة ١٩٩٢ م ص ١٥، محمد أمين سويد النمىقى، تسهيل للحصول على قواعد الأصول - تحقيق د/ مصطفى الخن - دهر القلم دمشق - بدون تاريخ، ص ٢١.

(٤) انظر: د/ على الندوي - القواعد الفقهية - مرجع سابق - ص ٧٨، ص ٤٦٣، د/ أحمد محمد الحصري - القواعد الكنية للفقه الإسلامى - مرجع سابق، ص ٨، د/ أحمد فراج حسين - أصول ==

وفى ذلك يقول الإمام ابن تيمية - رحمه الله - : " أصول الفقه هي الأدلة العامة خلافاً لقواعد الفقه فإنها عبارة عن الأحكام العامة " (١).

- وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن بعض القواعد قد نجدَها متداخلة أو متراوحة بين هذين النوعين من القواعد - الأصولية والفقهية - وذلك بحسب النظر إلى هذه القاعدة، فإذا نظرنا إليها بوصفها أصلاً يتعلّق بالاستنباط والدليل، أى إن موضوعها دليل شرعي، كانت قاعدة أصولية.

أما إذا نظرنا إليها بوصفها فعلاً من أفعال المكلفين كانت قاعدة فقهية. وذلك مثل قاعدة : " المشقة تجلب التيسير " ، فمن حيث كونها دليلاً على رفع الحرج الذى ثبت بالأدلة القطعية تعد قاعدة أصولية ، ومن حيث كونها تراعى عند تقرير الأحكام التى يراعى فيها التيسير ورفع الحرج والمشقة تعد قاعدة فقهية (٢).

٥ - القاعدة الأصولية، قواعد كلية تنطبق دائماً على كل جزئياتها، ومن ثم فهى تتصف بالعموم والشمول، والثبات، أما القاعدة الفقهية فهى فى الأكثر الأعم أغلبية غير مطردة ، حيث يرد عليها الاستثناء - كما ذكرنا سابقاً - (٣) ومن ثم، فليس لها الشمول - الكامل - والثبات التى تتمتع به القاعدة الأصولية (٤).

---

-- الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ١٧، د/ محمد بكر إسماعيل - القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه - مرجع سابق - ص ١٣ ، د/ يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين - القواعد الفقهية - مرجع سابق - ص ١٣٩، د/ نجاح عثمان أبو العينين - أثر القواعد الفقهية المختلف فيها فى اختلاف الفقهاء مرجع سابق - ص ٣٣.

(١) ابن تيمية - مجموع الفتاوى - دار الرحمة للنشر والتوزيع - القاهرة - طبعة جديدة - بنون تاريخ - ج ٢٩، ص ١٦٧ مشار إليه فى القواعد الفقهية للندوي - مرجع سابق - ص ٦٨.

(٢) انظر فى ذلك : د/ على الندوي - القواعد الفقهية - مرجع سابق - ص ٧٠، د/ محمد بكر إسماعيل - القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه - مرجع سابق - ص ١٤.

(٣) راجع ما سبق فى شرح تعريف القاعدة الفقهية.

(٤) انظر فى ذلك : محمود مصطفى عبود هرموش - القاعدة الكلية إعمال الكلام أولى من إعماله - مرجع سابق - ص ٢٥، د/ محمد سراج - أصول الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٣٩٢، د/ على الندوي - القواعد الفقهية - مرجع سابق - ص ٦٨، د/ أحمد بن محمد العنقري - مرجع سابق - ج ١ ص ٢٠، د/ يعقوب الباحسين - مرجع سابق - ص ١٤١، د/ محمود العكازي - شرح القواعد الفقهية مرجع سابق ص ١١، د/ عبد العزيز عزام - قواعد الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ١١ د/ محمد بكر إسماعيل - القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه - مرجع سابق - ص ١٣، د/ نجاح عثمان أبو العينين إسماعيل - أثر القواعد الفقهية المختلف فيها فى اختلاف الفقهاء - مرجع سابق - ص ٣٣، د/ رمضان على السيد الشرنباصي ، د/ محمد كمال إمام - المدخل لدراسة الفكر الإسلامي مرجع سابق - ص ٣٠٦.

وبعد.. فهذه بعض أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما<sup>(١)</sup>. فالتمييز بينهما نابع من التمييز بين أصول الفقه، والفقه وتابع له. فأصول الفقه يبني عليه استنباط الفروع الفقهية، حتى إذا تكونت هذه الفروع أمكن الربط بين المنتسب منها تحت عنوان واحد هو القاعدة الفقهية<sup>(٢)</sup>.

#### تحديد طبيعة القاعدة محل الدراسة :

" لا ينسب إلى ساكت قول ، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان " .

بينما فيما سبق معنى القاعدة الأصولية، والقاعدة الفقهية، وأوجه الشبه والخلاف بينهما، وظهر لنا أنه قد تتداخل أو تتراوح بعض القواعد بين هذين القسمين ، بحيث يمكن نسبتها إلى طائفة القواعد الأصولية أو القواعد الفقهية ، وذلك بحسب النظر إلى موضوعها.

وبإمعان النظر في القاعدة التي معنا : " لا ينسب إلى ساكت قول ، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان " نجد أنها من قبيل تلك القواعد ذات الطبيعة المختلطة، نظرا لانسامها ببعض سمات القاعدة الأصولية ، وبعض سمات القاعدة الفقهية في آن واحد<sup>(٣)</sup>. فهذه القاعدة في الحقيقة تشبه القاعدة الأصولية في واحدة من أهم خصائصها وهي كونها أداة للاستنباط والاجتهاد، واعتبارها وسطا بين الأدلة والأحكام ، فهي تتعلق بأدلة الشرع الإجمالية ، وكيفية استنباط الأحكام منها، وبخاصة في مجال السنة التقريرية ، والإجماع، وعلى وجه التحديد الإجماع السكوتي<sup>(٤)</sup>.

ومن هنا فإننا نجد الشق الأول من هذه القاعدة : " لا ينسب إلى ساكت قول " كما ذكرنا — منقول عن الإمام الشافعي — رحمه الله — بصدد الحديث عن الإجماع

---

(١) يضيف بعض العلماء وجوها أخرى لتفرقة بينهما منها : أن القاعدة الأصولية هي خاصة بالمجتهد ولا حظ للعامي منها بعكس القاعدة الفقهية فقد يستفيد منها المقلد والعامي أيضا، ومنها كذلك أن القاعدة الأصولية لا تعني بمقاصد الشريعة بصفة أصلية بعكس القاعدة الفقهية التي تخدم مقاصد الشرعية العامة والخاصة منها وتمهد الطريق للوصول إلى أسرار الأحكام وحكمها . انظر : د/ نجاح عثمان أبو العيينة أثر القواعد الفقهية المختلف فيها في اختلاف الفقهاء — مرجع سابق — ص ٣٣ ، السيد حسين مكي العاملي — قواعد استنباط الأحكام — مرجع سابق — ج ١ ، ص ٥١.

(٢) انظر : د/ أحمد بن محمد العنقري — مرجع سابق — ج ١ ، ص ٢١ ، د/ رمضان علي السيد الشرنباصي، د/ محمد كمال إمام — المنخل لدراسة الفكر الإسلامي — مرجع سبق — ص ٣٠٥.

(٣) راجع ما سبق في أوجه الخلاف بين القاعدة الأصولية والقاعدة الفقهية.

(٤) سوف نوضح ذلك في موضع لاحق من البحث .

السكوتي، ومدى حجيته في بناء الأحكام، وكذلك ذكرها الإمام الماوردي في المقام ذاته " في فصل لما ينعقد به الإجماع " (١) . كما أن الشق الثاني يتعلق ببيان الضرورة المعروف في علم أصول الفقه . وبناء على ذلك ذهب بعض الباحثين المعاصرين إلى تصنيفها ضمن القواعد الأصولية (٢).

ولكن ، برغم وجود الشبه في تلك الخاصية سالفة الذكر، فإنها أكثر اقتراباً من القواعد الفقهية ، حيث إنها تشترك مع القواعد الفقهية في الخصائص التالية :

١ - إن موضوع هذه القاعدة يتعلق أكثر بفعل من أفعال المكلف وهو السكوت. وقد علمنا أن من أهم ما يميز القاعدة الفقهية عن القاعدة الأصولية كون موضوعها الفقهية - يتعلق دائماً بفعل من أفعال المكلف. وهذه القاعدة موضوعها السكوت (٣) وذلك من حيث دلالتها على الإرادة ، ومن ثم ما يترتب على ذلك من أحكام.

٢ - هذه القاعدة يندرج تحتها كثير من الفروع والمسائل الفقهية من أبواب الفقه المختلفة، التي يجمعها رابط واحد، حيث يدور البحث بصدد ما عن دلالة السكوت على الإرادة، في مجالاتها المتعددة.

فكل مسألة فقهية يتوقف بيان حكمها على تفسير دلالة السكوت، تندرج تحت هذه القاعدة، وذلك في مجال التعبير عن الإرادة في العقود والتصرفات بصفة عامة، سواء أكان ذلك في المعاملات المالية ، أم في مجال علاقات الأسرة من زواج وطلاق وحقوق أولاد وغير ذلك، كما نجد لهذه القاعدة أيضاً فروعاً وتطبيقات في أبواب

---

(١) انظر الإمام الشافعي - الأم - مرجع سابق - ج ١ - ، ص ١٥٢ ، الماوردي - الحاوي الكبير مرجع سابق - ج ١٦ ، ص ١١١ كتاب أدب القاضي.

(٢) انظر : د/ على الندوي - القواعد الفقهية - مرجع سابق - ص ٣٤١ ، ص ٥٦٣ وما بعدها ، ولكننا نجد سيانته في موضوع آخر عدها من قبيل القواعد الفقهية، وفي موضع آخر عدها من قبيل القواعد الأصولية التي تجري مجرى القواعد الفقهية - المرجع السابق - ص ٤٣٩ .

(٣) من المعروف في علم أصول الفقه أن فعل المكلف والذي هو موضوع الحكم الشرعي شامل لعمل القلب واللسان والجوارح فيذه جميعاً أفعالاً يتعلق بها خطاب الشرع، وليس المراد بالفعل ما يقابل القول والاعتقاد. انظر في ذلك : ابن أمير الحاج - التقرير والتحبير - المطبعة الكبرى الأميرية - الطبعة الأولى سنة ١٣١٦ هـ - ج ٢ ص ٧٧ ، عبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري - فوائح الرحموت مطبوع بهامش المستصفي للإمام الغزالي - مرجع سابق - ج ١ ص ٥٤ - السنوي - نهاية السؤل في شرح منهاج الوصول مطبوع بهامش التقرير والتحبير - مرجع سابق - ج ١ ، ص ٢٣-٢٤ د/محمد سلام منكور - نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء - دار النهضة العربية - الطبعة الثانية سنة ١٩٦٥ م ، ص ٢٩ ، د/ محمد أبو النور زهير - أصول الفقه - مرجع سابق - ج ١ ، ص ٣٨ .

القضاء والدعاوى والبيانات وغير ذلك من أبواب الفقه الإسلامي التي تعتمد على الإرادة في تكوينها وفي تحديد الآثار المترتبة عليها.

وكثرة الفروع والمسائل الفقهية المندرجة تحت هذه القاعدة على هذا النحو سمة من سمات القاعدة الفقهية.

٣ - هذه القاعدة تضمنت المعيار أو الأساس الذي يسمح بخروج بعض جزئياتها عن حكمها، فإذا كان الشق الأول منها يقرر أنه : " لا ينسب إلى ساكت قول " . فإن شقها الثاني يقرر : " أن السكوت في معرض الحاجة بيان " وهذا يعني أن هذه القاعدة لا تنطبق على الجزئيات التي تدرج تحتها تطبيقاً كلياً بغير استثناء، أي إنها أغلبية أو أكثرية غير مطردة. وتلك أيضاً سمة من سمات القاعدة الفقهية.

ونظراً لتوافر خصائص القاعدة الفقهية في هذه القاعدة على النحو السابق ، فإنها تعد قاعدة فقهية رغم شبهها بالقاعدة الأصولية ، ذلك لأن العبرة إنما هي للغالب ومن ثم ، فإن عامة العلماء يصنفونها ضمن القواعد الفقهية، لجريانها في العمل مجرى القواعد الفقهية.

نخلص مما سبق إلى أن قاعدة : " لا ينسب إلى ساكت قول ، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان " هي قاعدة فقهية كلية، حيث يندرج تحتها فروع فقهية كثيرة ينطبق عليها حكمها طالما توافر المعنى الذي تشملته القاعدة. ولا يقدح في كليتها خروج بعض جزئياتها عنها ، كما سبق أن ذكرنا.



## المبحث الثالث

### مدى حجية القواعد الفقهية

والمراد هنا هل يجوز أن نجعل القواعد الفقهية دليلاً شرعياً يحتج به ويستنبط منه الأحكام الشرعية؟

لقد فرق العلماء في هذا الصدد بين نوعين من القواعد .

النوع الأول القواعد الفقهية التي يكون مصدرها نصاً شرعياً من القرآن الكريم أو السنة النبوية ، وهذا النوع من القواعد يجوز الاحتجاج به ويكون دليلاً شرعياً يمكن استنباط الأحكام وإصدار الفتاوى وإلزام القضاء بها <sup>(١)</sup>.

ومن هذه القواعد : قاعدة : " المشقة تجلب التيسير " <sup>(٢)</sup>. فإن مصدرها قول الله تعالى : " وما جعل عليكم في الدين من حرج " <sup>(٣)</sup> . وقوله تعالى " يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر " <sup>(٤)</sup>.

كما تستند إلى نصوص من السنة النبوية منها ما روى أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان إذا بعث أحداً من أصحابه في بعض أمره قال : " بشروا ولا تنفروا ويسروا ولا تعسروا " <sup>(٥)</sup>.

ومثل قاعدة : " الأمور بمقاصدها " <sup>(٦)</sup> فإن مصدرها قول النبي - صلى الله عليه وسلم - " إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى " <sup>(٧)</sup>.

---

(١) انظر في ذلك : د/ علي الندوي - القواعد الفقهية - مرجع سابق - ص ٣٣٠ ، د/ عبد العزيز عزام قواعد الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ٢٥ ، د/ محمود عبد الله النعازي - شرح القواعد الفقهية مرجع سابق - ص ٦٥ ، د/ نجاح عثمان أبو العينين - أثر القواعد الفقهية المختلف فيها في اختلاف الفقهاء - مرجع سابق - ص ٢٧ ، د/ يعقوب بن عبد الوهاب إباحسين - القواعد الفقهية - مرجع سابق ، ص ٢٦٥ .

(٢) السيوطي - الأنشاه والنظائر - مرجع سابق - ص ٨٤ ، ابن نجيم الأنشاه والنظائر - مرجع سابق - ص ٧٥ ، وسيكون لنا كلام عن هذه القاعدة في موضع لاحق .

(٣) سورة الحج آية [٧٨] .

(٤) سورة البقرة آية [١٨٥] .

(٥) ابن حجر - فتح الباري - دار الحديث القاهرة - الطبعة الأولى سنة ١٩٩٨ ، ج ١٠ ص ٦٣٢ ، ومسلم - صحيح مسلم - دار إحياء الكتب العربية - ج ٣ ص ١٣٥٨ .

(٦) ابن نجيم - الأنشاه والنظائر - مرجع سابق - ص ٢٧ ، السيوطي - الأنشاه والنظائر - مرجع سابق - ص ٩ .

(٧) ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق - ج ١ ص ١١ كتاب بدء الوحي .

فهذا النوع من القواعد يعد دليلا شرعيا يمكن استنباط الأحكام منها، إذ الاحتجاج بها نابع من الاحتجاج بأصلها<sup>(١)</sup>.

**أما النوع الثاني من القواعد الفقهية، فهي القواعد التي لا تستند إلى نص من الكتاب أو السنة، وإنما أسسها الفقهاء نتيجة استقراء المسائل الفقهية المتشابهة.**

وهذا النوع من القواعد محل اختلاف بين الفقهاء في حكم الاحتجاج بها.

فذهب بعض العلماء إلى القول بعدم الاعتداد بها والاعتماد عليها في استخراج الأحكام، وإنما تعد شاهدا يستأنس به ولا يعتمد عليه في تقرير الأحكام الشرعية، إذ إن الفقهاء ما لم يققوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد. وذلك، لأن معظم هذه القواعد لا تخلو من المستثنيات<sup>(٢)</sup>.

فقد تكون المسألة المراد البحث عن حكمها من المسائل والفروع المستثناة، ولذا لا يجوز بناء الحكم عليها، كما أن معظم هذه القواعد محل خلاف بين الفقهاء.

بالإضافة إلى أن هذه القواعد في الحقيقة ثمرة للفروع المختلفة وجامع و رابط لها وليس من المعقول أن يجعل ما هو جامع و رابط للفروع دليلا من أدلة الشرع. إنما يؤخذ بها بوصفها شواهد يستأنس بها في تخريج القضايا الجديدة على المسائل الفقهية المدونة، إذ لها فائدة كلية في ضبط المسائل.

ويرى بعض الفقهاء أن هذه القواعد تعد حجة . وهذا القول منسوب إلى بعض فقهاء المذهب المالكي.

ويمكن الجمع بين الرأيين بأن عدم جواز الاستناد إلى إحدى هذه القواعد وحدها

---

(١) راجع د/ علي الندوي - القواعد الفقهية - مرجع سابق - ص ٣٣٠ ، د/ عبد العزيز عزام - قواعد الفقه الإسلامي - مرجع سابق، ص ٢٥ ، د/ نجاح عثمان أبو العنين إسماعيل - أثر القواعد المختلف فيها في اختلاف الفقهاء - مرجع سابق - ص ٢٧ ، ويلحق بهذه القواعد ما يكون مستتباً من نص شرعي كقاعدة " اليقين لا يزول بالشك " فإنها مستتبطة من قول النبي - صلى الله عليه وسلم - : " إذا وجد أحدكم في بطنه شيئا فأشكك عليه أخرجه منه شيئا أم لا فلا يخرج من المسجد حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا " . كما يلحق بها ما كان مصدره الإجماع كقاعدة : " لا اجتهد مع النص " انظر د/ نجاح عثمان أبو العنين في ذات الموضوع المشار إليه .

(٢) سبق أن علمنا أن القواعد الفقهية تتضمن أحكاما أغلبية أو أكثرية بحيث لا تخلو واحدة منها من المستثنيات، راجع ما سبق في خصائص القاعدة الفقهية.

يكون فيما إذا وجد نص فقهي يمكن الاستناد إليه ، أما إذا كانت الحادثة لا يوجد فيها نص فقهي أصلاً لعدم تعرض الفقهاء لها ووجدت القاعدة التي تشملها فعندئذ يمكن الاستناد إليها<sup>(١)</sup>.

وفيما يخص القاعدة محل الدراسة : " لا ينسب إلى ساكت قول ، ولكن للسكوت في معرض الحاجة بيان " سنعرف مدى حجيتها على الأحكام في موضع لاحق .

---

(١) راجع في هذا الخلاف : علي حيدر - درر الحكم - مرجع سابق - ج ١ ص ١٠ ، العز بن عبد السلام - القواعد الصغرى - مرجع سابق - ص ٥ ، الشيخ / أحمد الزرقا - شرح القواعد الفقهية - مرجع سابق - ص ٣٥ ، د/ علي الندوي القواعد الفقهية - مرجع سابق - ص ٣٢٩ وما بعدها ، د/ عبد العزيز عزلم - قواعد الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ٢٥ وما بعدها ، د/ محمد سراج أصول لفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ٤١٧ ، محمود انكازي - شرح القواعد الفقهية - مرجع سابق - ص ٦٤ ، د/ يعقوب بن عبد الوهاب الباهسين - القواعد الفقهية - مرجع سابق - ص ٢٦٥ وما بعدها ، د/ نجاح عثمان أبو العينين - أثر القواعد المختلف فيها في اختلاف الفقهاء - مرجع سابق - ص ٢٨ - ٢٩ .

# الباب الأول

التعريف بالسكوت والتمييز بينه وبين ما يشبهه به

## الباب الأول

### التعريف بالسكوت والتمييز بينه وبين ما يشتبه به

وفى هذا الباب نتعرف على حقيقة السكوت من خلال تعريفه وبيان عناصره، وأنواعه ، وتحديد نطاقه، ثم التمييز بينه وما يشتبه به من وسائل التعبير عن الإرادة.

وعلى ذلك ينقسم هذا الباب إلى فصلين :

الفصل الأول : تعريف السكوت وبيان عناصره وأنواعه وتحديد نطاقه.

الفصل الثاني : التمييز بين السكوت وما يشتبه به.

## الفصل الأول

تعريف السكوت ، وبيان عناصره، وأنواعه وتحديد نطاقه

## الفصل الأول

### تعريف السكوت ، وبيان عناصره، وأنواعه وتحديد نطاقه

تمهيد وتقسيم :

فى هذا الفصل نتعرض لتعريف السكوت لغة واصطلاحاً، ونذكر الإطلاقات التى ورد بها السكوت فى القرآن الكريم والسنة النبوية ، وبيان عناصر السكوت ، ثم بيان أنواعه وتحديد نطاقه.

وعلى ضوء ذلك سنقسم هذا الفصل إلى المباحث الآتية:

المبحث الأول : تعريف السكوت لغة واصطلاحاً.

المبحث الثانى : إطلاقات السكوت فى القرآن الكريم والسنة النبوية.

المبحث الثالث: عناصر السكوت.

المبحث الرابع: أنواع السكوت وتحديد نطاقه.

## المبحث الأول

### تعريف السكوت لغة واصطلاحاً

أولاً: التعريف اللفوي للسكوت :

ورد السكوت في معاجم اللغة العربية بمعان متعددة منها :

- السكوت بمعنى الصمت. يقال سكت يسكت سكتا وسكوتا وسكانا بمعنى صمت وانقطع عن الكلام<sup>(١)</sup>.

- السكوت ترك الكلام مع القدرة عليه<sup>(٢)</sup>.

وقيل : إنه إمساك عن القول<sup>(٣)</sup> ، فهو خلاف النطق والكلام، أو التعبير الذي هو كشف وإظهار<sup>(٤)</sup>.

(١) وورد الصمت أيضا بمعنى السكوت، يقال صمت أى سكت، والتصميت التسميت، والسكوت أيضا ورجل صميت أى سكت ، وأصمت أى خرص لسانه مع حضور الذهن، ويقال للمال من الذهب والفضة مال صامت، وللإبل والغنم مال ناطق. انظر فى ذلك : ابن منظور - لسان العرب - مرجع سابق ج ٢ ص ٣٤٧، للرازي - مختار الصحاح - مرجع سابق ص ٣٠٦ باب " سكت " . ومن السكوت بمعنى الصمت ما رواه أبو هريرة - رضى الله عنه - أنه قال : " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيرا أو ليصمت " . وفى رواية أخرى : " ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيرا أو ليسكت " . فقد عبر الرسول صلى الله عليه وسلم عن عدم الكلام بالصمت وبالسكوت. راجع : ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق - ج ١١ ص ٣٦٢، ص ٣٦٣ كتاب الرقاق باب حفظ اللسان ، ومنه أيضا ما روى أن رجلا قال لأبى سعيد الخدري - رضى الله عنه أوصني قال : عليك بالصمت إلا فى حق فإنك به تغلب الشيطان " . انظر : ابن أبى الدنيا - الصمت وحفظ اللسان - تحقيق د/ محمد أحمد عاشور - دار الاعتصام - الطبعة الثانية سنة ١٩٨٨م ص ٦٦.

(٢) ذكر بعض علماء اللغة العربية أنه بالتدريج الأخير : " مع القدرة عليه " يفارق الصمت فإن القدرة على التكلم لا تعتبر فيه، وذهبوا إلى أن الصمت أبلغ من السكوت، لأنه قد يستعمل فيما لا قوة له على النطق، وإذا قيل لما لا نطق له الصامت والمصمت، والسكوت يقال لما له نطق فيتترك استعماله، ومن ضم شفتيه إنما يكون ساكنا ولا يكون صامتا إلا إذا طال مدة الضم، ويرون أن إطلاق أحدهما على الآخر "الصمت والسكوت" من الإطلاقات اللغوية العامة . أى إنهم يفرقون بين السكوت والصمت على أساس أن الصمت أعم من السكوت، ولكننا رأينا أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - قد عبر عنهما بمعنى واحد هو عدم الكلام مطلقا قادر على الكلام أم لا. راجع فى ذلك - محمد مرتضى الزبيدي - تاج العروس من جواهر القاموس - المطبعة الخيرية بجمالية مصر - الطبعة الأولى سنة ١٠٣٦ هـ - المجلد الأول - ص ٥٥٣، المعلم بطرس البستاني - محيط المحيط - نشر مكتبة لبنان - بيروت سنة ١٢٨٦ هـ - ج ١ ص ٩٧٢، للرجزاني - للتعريفات - مرجع سابق ص ١٥٩.

(٣) وقد خصه البعض بأنه إمساك عن قول الحق، والصمت إمساك عن قول الباطل دون الحق، المعلم بطرس البستاني - محيط المحيط - مرجع سابق ج ١ ص ٩٧٢.

(٤) والنطق بمعنى للكلام، وهو خلاف الصمت ، ابن منظور - لسان العرب - مرجع سابق ج ٢ ص ٣٤٧، للرازي - مختار الصحاح - مرجع سابق ص ٦٦٦.



السكوت بمعنى السكون ، يقال سكت بمعنى سكن<sup>(١)</sup>، ومنه قوله تعالى " ولما سكت عن موسى الغضب " (٢).

ومنه السكتُ وهو سكون النفس في القراءة والغناء، والسكوتة الفصل بين نغمتين بلا تنفس، والسكتات في الصلاة : السكوت في حال الافتتاح، وبعد الفراغ، والإسكاته، سكوت ينتظر بعده كلام<sup>(٣)</sup>.

(١) والسكون ضد الحركة، سكن الشيء يسكن سكوناً إذا ذهب حركته، وكل ما هداً فقد سكن كالريح، والحرير والبرد، ونحو ذلك، وسكن الرجل ، سكت وسكنت الريح، وسكن الغضب. انظر : ابن منظور - لسان العرب - مرجع سابق جـ ١٧ ص ٧٣، المعلم بطرس البستاني - محيط المحيط - مرجع سابق جـ ١ ص ٩٧٢، الرازي - مختار الصحاح - مرجع سابق ص ٣٠٦، الفيومي - المصباح المنير - مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر - بدون تاريخ جـ ١ ص ٣٠١. ومن السكوت بمعنى السكون والكف عن الحركة ما روى عن أنس - رضى الله عنه - أنه قال : " سعد النبي - صلى الله عليه وسلم - أحداً ومعه أبو بكر وعمر وعثمان فرجف فقال : اسكن أحد - أظنه ضربه برجله - فليس عليك إلا نبي وصديق وشهيدان " . انظر : ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق - جـ ٧ ص ٧٢ كتاب فضائل الصحابة، الطبراني - المعجم الأوسط - مرجع سابق - جـ ١ ص ٢٤١، ص ٤٨٩، مسلم - صحيح مسلم - مرجع سابق - جـ ٤ ص ١٨٨٠ - كتاب فضائل الصحابة، ومنه أيضاً ما روى عن جابر - رضى الله عنه - أنه قال : " كان المسجد مسقوفاً على جذوع من نخل فكان النبي - صلى الله عليه وسلم - إذا خطب يقوم على جذع منها، فلما صنع له المنبر فكان عليه فسمعا لذلك الجذع صوتاً كصوت العشار حتى جاء النبي - صلى الله عليه وسلم - فوضع يده عليها فسكنت " انظر : ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق جـ ٦ ص ٧٣٣ .

(٢) سورة الأعراف ، آية [١٥٤] .

(٣) انظر : ابن منظور - لسان العرب - مجمع اللغة العربية - المعجم الوسيط - مرجع سابق جـ ١ ص ٣٤٨، الراغب الأصفهاني - معجم مفردات ألفاظ القرآن - مرجع سابق - ص ٢٤٢، الفيروز أبادي - القاموس المحيط - مؤسسة الحلبي وشركاه - بدون تاريخ - المجلد الأول - ص ١٥٠ . ومنه : المكتات في الصلاة - ما روى عن أبي هريرة - رضى الله عنه - قال : " كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذا كبر في الصلاة سكت هنيئة قبل القراءة ، فقلت يا رسول الله بأبي أنت وأمي أرايت سكوتك بين التكبير والقراءة، ما تقول؟ قال أقول : اللهم باعد بيني وبين خطاياي كما باعدت بين المشرق والمغرب، اللهم نقني من خطاياي كما ينقى الثوب الأبيض من الدنس ، اللهم اغسلني من خطاياي بالماء والتلج والبرد " رواه الإمام الشوكاني . وقال : رواه الجماعة إلا السترمذي. انظر : الشوكاني - نيل الأوطار - مرجع سابق جـ ١ ص ١٩١ باب ذكر الاستفتاح بين التكبير والقراءة في الصلاة ومعنى سكت هنيئة أى قليلاً. وفي السكوت في الصلاة أيضاً ما روى عن سمرة عن النبي - صلى الله عليه وسلم - انه كان يسكت سكتين إذا افتتح الصلاة وإذا فرغ من القراءة كلها، وفي رواية : سكته إذا كبر وسكتة ، إذا فرغ من قراءة غير المغضوب عليهم ولا الضالين " انظر : الشوكاني - نيل الأوطار - مرجع سابق - جـ ٢ ص ٢٣٩ .

ومن السكوت بمعنى فراغ المؤذن ما ورى عن ابن عمر أن حفصة أم المؤمنين أخبرته أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان إذا سكت المؤذن من الأذان لصلاة الصبح وبدا الصبح ركع ركعتين خفيفتين قبل أن تقام الصلاة " ، انظر : مسلم - صحيح مسلم - مرجع سابق - جـ ١ ص ٥٠٠ =

السكوت بمعنى قطع الكلام جبراً. يقال: سكّت الرجل وأسكيت، انقطع كلامه فلم يتكلم، وتكلم الرجل ثم سكّت، فإذا انقطع كلامه فلم يتكلم أو أسكّت أو أفحم قلت أسكّت وهو مسكوت، سكّته الله تعالى، وجعله يسكّت وأسكّت الناطق وسكّته، وساكّته مساكّة فسكّت أى غالبه فى السكوت فغلبه<sup>(١)</sup>.

والسكات مصدر ويعني مداومة السكوت، ورماه بسكات أى بما يسكّته، وهو مشرف على سكات الأمر أى مشرف على قضائه. والسكوت وصف المبالغة، والسكيت الكثير السكوت يقال رجل ساكوت إذا كان قليل الكلام من غير عي فإذا تكلم أحسن ورجل سكيت : كثير السكوت صبراً عن الكلام.

والسكيت آخر ما يجئ من الخيل فى الحلبة. ورجل به سكات إذا كان طويل السكات من غير علة<sup>(٢)</sup>.

والسكّة داء<sup>(٣)</sup>، وأصاب فلان سكات إذا أصابه داء منعه من الكلام<sup>(٤)</sup>. والسكّة المرة من السكوت، والسكّة : هيئة السكوت ونوعه . والأسكات ، البقايا من كل شئ والفرق المتفرقة من الناس وغيرهم، والسكّة كل ما أسكّت به صبيّاً أو غيره<sup>(٥)</sup>.

==كتاب صلاة المسافرين وقصرها . وقد فسر سكوت المؤذن بأنه الفراغ من الأذان . انظر : الزرقاني - شرح لوزقاني على موطأ الإمام مالك جـ ١ ص ٢١٦.

(١) ويقال مكّت ، تعمد السكوت، واسكّت أطرق من فكرة أو داء، انظر ابن منظور - لسان العرب - مرجع سابق - جـ ٢ ص ٣٤٧، الزمخشري - أساس البلاغة - مرجع سابق ص ٢١٥، الفيروزآبادي القاموس المحيط - مرجع سابق - جـ ١ ص ١٥٠، المعلم بطرس البستاني - محيط المحيط - مرجع سابق - جـ ١ ص ٩٧٢.

(٢) انظر : فريدي - تاج العروس - مرجع سابق - المجلد الأول ص ٥٥٣، الزمخشري - أساس البلاغة - مرجع سابق ص ٢١٥، الفيومي - المصباح المنير - مرجع سابق - جـ ١ ص ٣٠١، الفيروزآبادي - القاموس المحيط - مرجع سابق - المجلد الأول ص ١٥٠، الرازي - مختار الصحاح - مرجع سابق ص ٣٠٦، مجمع اللغة العربية - المعجم الوسيط - مرجع سابق - جـ ١ ص ٣٤٨، ابن منظور - لسان العرب - مرجع سابق - جـ ٢ ص ٣٤٧.

(٣) انظر : الفيروزآبادي - القاموس المحيط - مرجع سابق - المجلد الأول ص ١٥٠، مجمع اللغة العربية - المعجم الوسيط - مرجع سابق - جـ ١ ص ٣٤٨.

(٤) ابن منظور - لسان العرب - مرجع سابق - جـ ٢ ص ٣٤٨.

(٥) انظر : الرازي - مختار الصحاح - مرجع سابق - ص ٣٠٦.

وقد ورد فى الأثر : " إن الكلام ليكتب ، حتى إن الرجل ليسكت ابنه فيقول : ابتاع لك كذا، وأفعل كذا وكذا فيكتب كذّبة " إذا لم يفعل ، انظر : ابن أبى الدنيا - الصمت وحفظ اللسان - مرجع سابق ص ٦٣.

وسكت بمعنى مات، يقال : لا اسكت الله لك حسا دعاء بالحياة<sup>(١)</sup>.

وبعد، فهذه بعض معاني السكوت عند أهل اللغة العربية، ويؤخذ من مجموعها — كما رأينا — انه يعني الصمت ، وعدم النطق ، وترك الكلام، سواء أكان ذلك عمدا، أم اختيارا.

وإذا كان ذلك معنى السكوت فى اللغة ، فهل يأخذ المعنى نفسه فى اصطلاح الفقهاء؟ هذا ما نحاول التعرف عليه فى الموضع التالى مباشرة.

### ثانيا: المعنى الاصطلاحي للسكوت:

إن السكوت بوصفه موقفا معينا لا يختلف مدلولة — من وجهة نظري — فى الشريعة الإسلامية عنه فى القانون الوضعي؛ ولذلك سنذكر تعريفاته من غير فصل بين الفقه الإسلامى وفقه القانون الوضعي.

وفى إطار تعريف الفقهاء للسكوت، وتحديد ممدلوله نجد تعريفات كثيرة، وهى على كثرتها واختلافها يمكن ردها إلى اتجاهين:

**الاتجاه الأول :** المسلك العام، الذى يعرف السكوت بمعناه العام من جهة كونه موقفا سلبيا مجردا.

---

(١) ابن منظور — لسان العرب — مرجع سابق — ج ٢ ص ٣٤٧، مجمع اللغة العربية — المعجم الوسيط — مرجع سابق — ج ١ ص ٣٤٨.

ومن السكوت بمعنى الموت ما جاء فى قصة ماعز بن مالك الذى أقر على نفسه بالزنا، فقد روى عن أبى سعيد — رضى الله عنه — " أن رجلا من أسلم يقال له ماعز بن مالك أتى رسول الله — صلى الله عليه وسلم — فقال : إني أصبت فاحشة فأقمه على . فرده النبي — صلى الله عليه وسلم — مرارا، قال: ثم سأل قومه؟ فقالوا ما نعلم به بأبى إلا انه اصاب شيئا يرى انه لا يخرج منه إلا أن يقام فيه الحد. قال: فرجع إلى النبي : صلى الله عليه وسلم — فأمرنا أن نرجمه. قال : فانطلقنا به إلى بقيع الغرقد . قال : فما أوتقناه ولا حفرنا له قال : فرمينا بالعظم والمدر والخزف قال : فاشتد واشتدنا خلفه حتى أتى عرض الحرة فانتصب لنا. فرمينا بجلاميد الحرة " يعنى الحجارة " حتى سكت .. " .

رواه مسلم فى صحيحه — ج ٣ ص ١٣٢١ فى كتاب الحدود ، والشاهد فى الحديث الشريف "فرمينا حتى سكت " أى مات. يبين ذلك ما ورد فى رواية أخرى للحديث جاء فيها " .. فلما وجد مسس الحجارة فر يشتد حتى مر برجل معه لحى جمل فضربه وضربه الناس حتى مات " .

أنظر : ابن حجر — فتح الباري — مرجع سابق — ج ١٢ ص ١٤٦ ، كتاب الحدود فجاء التعبير عن الموت بالسكوت. ، والحديث رواه الشوكاني — نيل الأوطار — مرجع سابق — ج ١ ص ١٠٣ كتاب الحدود، أبو داود — سنن أبى داود — ج ١ ص ١٤٧ كتاب الحدود، الصنعاني — سبل السلام — ج ٤ ص ١٢٧.

الاتجاه الثاني: المسلك الخاص، ويعني محاولة وضع تعريف للسكوت بخصوص مدى صلاحيته للتعبير عن الإرادة.

ونورد فيما يلي بعض التعريفات التي تعبر عن هذين المنهجين، ثم نختار تعريفاً مناسباً للسكوت.

#### ١ - تعريف السكوت بالمعنى العام:

نبادر إلى القول بأن السكوت بمعناه العام في اصطلاح الفقهاء لا يختلف كثيراً عن معناه اللغوي الذي هو الصمت والسكون وعدم الكلام، وذلك على عكس التعبير أو الكلام الذي هو كشف وإظهار<sup>(١)</sup>.

ولذلك ، فقد ذكر علماء التفسير أن السكوت في الأصل هو السكون، والإمساك وترك الكلام<sup>(٢)</sup>.

وقد وردت تعريفات عديدة للسكوت بهذا المعنى نورد بعضاً منها على سبيل المثال:

- السكوت هو ترك الكلام مع القدرة عليه<sup>(٣)</sup>.
- السكوت هو عدم الكلام أو الكتابة ، أو هو : عدم إتيان فعل أو القيام به<sup>(٤)</sup>.
- السكوت هو موقف سلبي، فهو عدم، والعدم لا ينبئ عن شيء<sup>(٥)</sup>.

---

(١) انظر في ذلك : د/ صبحي محمصاني - النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية سنة ١٩٤٨ جـ ٢ ص ٥٢، د/ عبد الهادي العطافي - صور من طرق التعبير عن الإرادة في القانون الإنجليزي والتفتين للمدني للسوداني - بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية - مطبعة جامعة القاهرة - العدد الأول سنة ١٩٧٤ ص ٨٥، د/ عبد الرزاق حسن فرج - دور السكوت في التصرفات القانونية - دراسة مقارنة - مطبعة المدني بالقاهرة سنة ١٩٨٠ م ص ١٠، د/ محسن لبيب - مشكلتان متعلقتان بالقبول - السكوت والإذعان - دار النهضة العربية سنة ١٩٨٥ م ص ٢٣، د/ محمد جمال عثمان جبريل - السكوت في القانون الإداري - مرجع سابق ص ٦.

(٢) القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - دار الفكر العربي طبعة سنة ١٩٩٥ - المجلد الرابع جـ ٧ ص ٢٦٣، للشوكاني - فتح للقدیر الجامع بين فني الرواية والدراية في علم التفسير - دار المعرفة بيروت - لبنان - بدون تاريخ جـ ٢ ص ٢٥٠، محمد رشيد رضا - تفسير القرآن الحكيم - مطبعة المنار بمصر - الطبعة الثانية سنة ١٣٥٠ هـ - جـ ٩ ص ٢١٣ .

(٣) الجرجاني - التعريفات - مرجع سابق - ص ١٥٩.

(٤) د/ عبد الرزاق حسن فرج - دور السكوت في التصرفات القانونية - مرجع سابق - ص ١١.

(٥) د/ نزيه محمد الصالح المهدي - محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوع في الالتزام بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد س ٤٩ أعداد من مارس - يونية سنة ١٩٧٩، ص ٢٣٩، == د/== عبد القادر محمد قحطان - السكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التصرفات - دراسة في

- السكوت أمر سلبي بحث غير مقترن بمسلك أو موقف، ولا مصحوب بلفظ أو كتابة أو بإشارة<sup>(١)</sup>.

وهكذا، فهذه بعض تعريفات الفقهاء للسكوت بوجه عام، أى بوصفه موقفاً سلبياً مجرداً، وهذه التعريفات وإن تعددت فى شكلها — لفظها — فهى متحدة فى مضمونها ومقصودها من السكوت من جهة كونه مجرد موقف سلبي متمثل فى ترك الكلام أو الكتابة أو الإشارة أو الفعل.

## ٢ - تعريف السكوت بالمعنى الخاص :

إن السكوت بالوصف المتقدم ليس هو السكوت المقصود فى مجال التعبير عن الإرادة<sup>(٢)</sup>. ولذلك كان للفقهاء مسلك آخر فى تعريفهم للسكوت وهو خاص بتعريفه فى مجال التعبير عن الإرادة فى العقود خاصة، أو فى مجال التعبير عن الإرادة عامة فى العقود وجميع التصرفات التى تكون الإرادة أساساً فى تكوينها، أو فى ترتيب الآثار عليها. ونورد فيما يلى نماذج لتعريف السكوت طبقاً لهذا المعنى الخاص فى هذين المجالين، فى مجال العقود خاصة، ومجال التصرفات عامة.

فقد عرفه البعض بأنه : " الموقف السلبي الذى يتخذه من يوجه إليه الإيجاب " <sup>(٣)</sup>.

وعرفه البعض بأنه : " عدم الرد على الموجب لا بقول ولا بفعل، لكن يستشف

---

= عبد القادر محمد قحطان — السكوت المعبر عن الإرادة وأثره فى التصرفات — دراسة فى القانون المدني المصري ونظيره اليمني مقارنة بالفقه الإسلامي — رسالة قدمت إلى كلية الحقوق — جامعة عين شمس لنيل درجة الدكتوراه سنة ١٩٩١ م ص ٢٦.

(١) د/ مفيد شهاب — الآثار القانونية للسكوت فى القانون الدولي العام — منشور بالمجلة المصرية للقانون الدولي — مجلد ٢٩ سنة ١٩٧٣ ص ٢٣ ، وقريب منه د/ عبد الهادي العطاقي — صور من طرق التعبير عن الإرادة فى القانون الإنجليزي والتقنين المدني السوداني — مرجع سابق ، ص ٨٥.

(٢) انظر : د/ عبد القادر محمد قحطان — السكوت المعبر عن الإرادة وأثره فى التصرفات — مرجع سابق ص ٣٠، د/ عبد الوود يحيى — الموجز فى النظرية العامة للتزامات — المصادر — الأحكام — الإثبات — دار النهضة العربية سنة ١٩٩٤ م ص ٤٢.

(٣) د/ عبد الحي حجازي — النظرية العامة للتزام — ج٢ — مصادر الالتزام — مطبعة نهضة مصر سنة ١٩٥٤ م ص ١٧٢، د/ على محي الدين القرطباغي — مبدأ الرضا فى العقود — دراسة مقارنة فى الشريعة الإسلامية والقانون مع بيان موقف القانونين المصري والعراقي منه — رسالة دكتوراه بكلية الشريعة والقانون — جامعة الأزهر بالقاهرة سنة ١٩٨٥ م ص ١١٦٩، د/ عبد القادر محمد قحطان — السكوت المعبر عن الإرادة — مرجع سابق — ص ٣١.

منه الرضا بما عرضه عليه من خلال القرائن" (١).

وعرفه البعض بأنه : " الصمت المطلق الذى تحيط به قرائن فتفهم منه الدلالة على إنشاء العقد " (٢).

هذه بعض تعريفات السكوت فى مجال إنشاء العقود فقد ركزت على بيان معنى السكوت بوصفه موقفاً سلبياً ممن وجّه إليه الإيجاب بصدد إنشاء عقد من العقود.

وهناك تعريفات أخرى للسكوت، تركز على بيان معنى السكوت فى مجال التعبير عن الإرادة عامة، فى إنشاء العقود والتصرفات الإرادية كافة، نذكر منها ما يلي:

عرفه البعض بأنه : " حالة سلبية غير مصحوبة بلفظ أو إشارة أو فعل شئ ينبئ عن الإرادة ويدل عليها " (٣).

وعرفه البعض بأنه: " التزام حالة سلبية لا يرافقها لفظ أو كتابة أو إشارة أو عمل قد يحمل معنى التعبير عن الإرادة إذا لابتسته ظروف معينة " (٤).

وعرفه البعض بأنه : " إخفاء وكتمان ، وهو ما يختزنه الشخص فى طيات نفسه من إرادة، أو عدم التعبير عن الإرادة بنوعيه الصريح والضمني " (٥).

---

(١) وقريب منه ما ورد بأن السكوت هو : " عدم الرد على الموجب لا بقول ولا بفعل لكن يفهم منه الرضا من خلال القرائن التى تحفه " . انظر : د/ عبد القادر محمد قحطان - السكوت المعبر عن الإرادة مرجع سابق - ص ٣٢، د/ على محي الدين القرقداعي - مبدأ الرضا فى العقود - مرجع سابق ص ١١٥٦ .

(٢) د/ على محي الدين لقره داغي - مبدأ للرضا فى العقود - مرجع سابق - ص ١١٥٥ .

(٣) انظر : د/ رمضان على السيد الشرنباصي - السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية - دار الفكر العربى سنة ١٩٨٤م ص ١٦، د/ محمد جمال عثمان جبريل - السكوت فى القانون الإداري فى التصرفات الإدارية للفردية - دار النهضة العربية سنة ١٩٩٦ م ص ٦ .

(٤) انظر : د/ وحيد الدين مولر - التعبير عن الإرادة فى تفقه الإسلامى دراسة مقارنة بلفقه الفريى مكتبة النهضة المصرية - الطبعة الأولى - بحث منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة - ع ٢٢ ص ٢٦٤، د/ ثروت فتحى إسماعيل - صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة - أبريل سنة ١٩٧٨ ص ٨٦، د/ عبد القادر محمد قحطان - السكوت المعبر عن الإرادة وأثره فى التصرفات - مرجع سابق ص ٣٤ .

(٥) انظر : د/ عبد الهادي للعطافي - صور من طرق التعبير عن الإرادة - مرجع سابق ص ٨٥، د/ عبد الرزاق حسن فرج - دور السكوت فى التصرفات القانونية - مرجع سابق - ص ١٠، د/ محسن البيه مشكلتان متعلقتان بالقول - السكوت والإذعان - مرجع سابق - ص ٢٣، د/ سليمان مرقس - الوافى فى شرح لقانون المدني - ج ٢ فى الالتزامات - المجلد الأول - نظرية العقد والإرادة المنفردة الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٧ م ص ١٣٨ .

وعرفه البعض بأنه : " اتخاذ موقف سلبي لا يدل على إرادة معينة " (١).

وبعد : فهذه بعض تعريفات الفقهاء للسكوت بمعناه الخاص — أى فى مجال إنشاء العقود وفى مجال التعبير عن الإرادة عامة.

ويلاحظ عليها أنها تؤدي المعنى نفسه برغم اختلافها فى ألفاظها ومعناها ، فهى تتفق فى بيان معنى السكوت بوصفه موقفاً سلبياً غير مصحوب بلفظ ولا فعل من نحو كتابة أو إشارة أو أى فعل يدل على إرادة معينة، سواء أكان ذلك بصدد إنشاء عقد من العقود، أم تصرف من التصرفات عامة وذلك فى مجال المعاملات والعلاقات المالية أو فى مجال علاقات الأسرة أو فى غيرها من المجالات التى يلزم فيها التعرف على الإرادة نحو تصرف معين.

كما يلاحظ على هذه التعريفات أن بعضها يقتصر على بيان نوع من السكوت وهو السكوت المجرد أو البسيط، وهو ما يكون ساكناً فى ظاهره وباطنه ولا تسمح ظروفه باستنتاج أى إرادة منه (٢). وهذا السكوت لا دلالة له على الإرادة كما سنرى لاحقاً.

ومن هذه التعريفات — التعريف الأول — الذى جاء فيه أن السكوت هو : "الموقف السلبي الذى يتخذه من يوجه إليه الإيجاب " . وكذلك التعريف الذى جاء به أن السكوت هو : " حالة سلبية غير مصحوبة بلفظ أو إشارة أو فعل شئ ينبئ عن الإرادة ويدل عليها " (٣).

فيذآن التعريفان اقتصرنا على بيان السكوت المجرد والتمثل فى الموقف السلبي الذى يتخذه الشخص الموجه إليه الإيجاب — بصدد إنشاء عقد — أو من يعنى بالأمر المسكوت عنه عامة — بصدد إنشاء عقد أو غير ذلك من صور التعبير عن الإرادة — حيث يلتزم هذا الشخص موقفاً سلبياً يتمثل فى عدم إجابته لا بقول ولا بفعل من كتابة أو

---

(١) د/ عبد الونود يحيى — الموجز فى النظرية العامة للالتزامات — مرجع سابق — ص ٢٤، د/ محمود عبد الرحيم الديب — للوجيز فى مصادر الالتزام — ج ١ سنة ١٩٩٨م ص ٢١.

(٢) انظر : د/ وحيد الدين سوار — التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى — مرجع سابق — ص ٢٦٤ د/ ثروت فتحى إسماعيل — صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة — مرجع سابق ص ٨٦، د/ عبد الفتاح عبد الباقي — نظرية العقد والإرادة المفردة — دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى سنة ١٩٨٤م ص ١٠٠ د/جلال العلوي — أصول الالتزامات — مصادر الالتزام — منشأة المعارف سنة ١٩٩٧م ص ٩١.

(٣) راجع تعريفات اسكوت.

إشارة أو أى فعل آخر يدل على وجهة إرادته حيال الأمر المسكوت عنه، بحيث لا ينم هذا الموقف عن أى دلالة معينة، ولا يعد دليلاً أو إظهاراً للإرادة.

كما نجد أن بعض هذه التعريفات لا يقتصر على بيان السكوت المجرد فحسب وإنما تضمن أيضاً السكوت غير المجرد أو السكوت الذى قد يدل على الإرادة، وهو ما يعرف فى الفقه الإسلامى " بالسكوت فى معرض الحاجة إلى البيان" ويعرف فى القانون الوضعى وفقهه بالسكوت الموصوف، والسكوت الملايس.

ومن أمثلة هذه التعريفات ما عرف السكوت بأنه : " عدم الرد لا بقول ولا بفعل، ولكن يفهم منه الرضا من خلال القرائن التى تحفه" ، وأيضاً ما عرف السكوت بأنه : " الصمت المطلق الذى تحيط به قرائن ، فتفهم منه الدلالة على إنشاء العقد '.

فهذان التعريفان اشتملا على بيان السكوت المجرد، والسكوت الملايس بقرائن وظروف يمكن من خلالها التعرف على الإرادة، فالسكوت الملايس فى القانون الوضعى هو : " ذلك السكوت الذى تصاحبه ملايسات وظروف تشير بأنه يعبر عن الإرادة فى معنى معين : " (١). أى إن هذا السكوت وإن كان ساكناً فى ظاهره فإنه فى باطنه متجه لإحداث أثر قانونى، بحيث يمكن أن يستخلص منه اتجاه الإرادة من خلال الظروف المقارنة له.

أما السكوت الموصوف فهو الذى يعرض حيث يفرض القانون التزاماً بالسلام

---

(١) انظر : د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط فى شرح القانون المدنى - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - دار إحياء التراث العربى - بيروت - لبنان بدون تاريخ ص ٢٢٤ ، د/ وحيد الدين سوار - التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ٢٦٤ ، د/ إسماعيل غانم فى النظرية العامة للالتزام - ج ١ - مصادر الالتزام مكتبة عبد الله وهبة سنة ١٩٦٨م ص ٨٤ ، د/ فتحي إسماعيل صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة - مرجع سابق - ص ٨٧ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد والإرادة المنفردة - مرجع سابق ص ١٠٢ ، د/ نزيه محمد الصانق المهدي - محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصى والموضوعى فى الالتزام - مرجع سابق - ص ٩٧ ، د/ عبد الرزاق حسن فرج دور السكوت فى التصرفات القانونية - مرجع سابق - ص ٩٧ ، د/ أحمد حسن البرعى - نظرية الالتزام فى القانون المغربى - مصادر الالتزام - العقد - دار الثقافة - الدار البيضاء - الطبعة الأولى سنة ١٩٨١م ، د/ محمد لييب شنب - دروس فى نظرية الالتزام - مصادر الالتزام - دار النهضة العربية سنة ١٩٧٧م ص ٩١ ، د/ عبد الوند يحيى - الموجز فى النظرية العامة للالتزامات - للمصادر والأحكام - الإثبات - مرجع سابق - ص ٤٢ ، د/ جلال العدوي - أصول الالتزامات - مصادر الالتزام - مرجع سابق ص ٩٢ ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - وزارة العدل - مطبعة دار الكتاب العربى - ج ٢ مصادر الالتزام ص ٥٨ .



معتبراً أن السكوت رضا أو رفض، وحينئذ يتعهد القاسور ببيس أحكام السكوت وتنظيمها، سواء تمثل القانون في النص التشريعي، أم العرف، أم اتفاق الطرفين على اعتبار السكوت رضا، إذ ينزل هذا الاتفاق منزلة نص القانون أو العرف في هذا المجال<sup>(١)</sup>.

وسمى هذا النوع من السكوت موصوفاً؛ لأن المشرع وصفه ونظم أحكامه واعتد به تعبيراً عن الإرادة في كل نص على حدة سواء أكان هذا الوصف من نص تشريعي، أم عرف، أم اتفاق بين الطرفين<sup>(٢)</sup>.

### ثالثاً: التعليق على تعريفات الفقهاء للسكوت وبيان التعريف المناسب له:

بعد أن عرضنا بعض تعريفات الفقهاء للسكوت سواء أكان مجرد موقف سلبي أم في مجال العقود أم في مجال التصرفات الإرادية عامة، ينبغي أن نختار تعريفاً جامعاً للسكوت يستوعب كل هذه المجالات، كما يستوعب حالات السكوت أو أنواعه التي أشرنا إليها وهي السكوت المجرد، والسكوت المعبر عن الإرادة، الذي يعرف في الفقه الإسلامي بالسكوت في معرض الحاجة إلى البيان، وفي القانون الوضعي السكوت الموصوف، والسكوت الملبس. ذلك لأنه من المعلوم أنه يشترط في التعريف أن يكون جامعاً لكل أفراد المعرف الذي تدرج تحته، مانعاً من دخول غير أفراد فيه، خاصة أن التعريفات التي ذكرناها لا يكفي أحدها بمفرده لبيان ذلك.

لأن كل تعريف منها يعبر عن وجهة نظر صاحبه، لذلك وجدنا بعضها يعرف السكوت تعريفاً عاماً مجرداً، وبعضها يعرفه بالنظر إلى دلالاته على الرضا في العقود خاصة، وبعضها يعرفه بالنظر إلى دلالاته على الإرادة عامة. ومن ثم لم نجد فيما

---

(١) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح للقانون المدني الجنيد - المرجع السابق - هامش ص ٢٢٤، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - مرجع سابق - ج ٢ ص ٥٨، د/ محمد لبيب شنب - دروس في نظرية الالتزام - مرجع سابق ص ٨٩، د/ نزيه محمد الصلح الميدي - محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام - مرجع سابق - ص ٢٥٥، د/ عبد الرزاق حسن فرج - نور السكوت في التصرفات القانونية - مرجع سابق - ص ٩٤، د/ علي محي الدين القره داغي - مبدأ الرضا في العقود - مرجع سابق - ص ١١٧٨، د/ محسن اليه - مشكلتان متعلقتان بات قبول - السكوت والإذعان - مرجع سابق - ص ٥٣، د/ عبد القادر محمد قطان - السكوت ؟ - عن الإرادة - مرجع سابق - ص ٢٦.

(٢) راجع ما ذكرناه من تعريفات للسكوت.

عرضنا من تعريفات تعريفاً جامعاً للسكوت<sup>(١)</sup>.

ولعل أقرب تعريف — من وجهة نظري — يقرب معنى السكوت بمعناه العام والشامل هو ما ذكره أحد الباحثين المعاصرين حيث عرف السكوت بأنه : " التزام موقف سلبي لا يصحبه قول أو فعل ينبئ عن الإرادة، ولكن تحيط به ظروف معينة أو أوصاف قانونية تخلع عليه دلالة التعبير عن الإرادة بقبول أمر معين أو رفضه وبما شابه ذلك " .<sup>(٢)</sup>

ولكن، هذا التعريف أيضاً يلاحظ عليه انه خاص بنوع معين من السكوت وهو السكوت المعبر عن الإرادة، سواء أكان ملابساً — دل عليه في التعريف — قوله : "ولكن تحيط به ظروف معينة " — أم كان موصوفاً — دل عليه في التعريف قوله : " أو أوصاف قانونية " . وهذا بالطبع متسق مع موضوع الباحث وهو : " السكوت المعبر عن الإرادة " .

ولما كان موضوع بحثي هو : " السكوت وأثره على الأحكام في الفقه الإسلامي " فإن هذا التعريف لا يدل دلالة كاملة على السكوت المقصود في هذا البحث، إذ إن السكوت المجرد يمكن أن تترتب عليه أحكام شرعية — تكليفية أو وضعية — بالرغم من انه لا يمكن أن يكون دليلاً على الإرادة.

لذلك رأيت أن أعرف السكوت تعريفاً شاملاً لأنواعه، بحيث يستوعب السكوت المجرد — البسيط — الذي لا دلالة له على الإرادة ، كما يستوعب السكوت الذي قد يكون دليلاً على الإرادة ، وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي " بالسكوت في معرض الحاجة إلى البيان " ، ويعرف في الفقه الوضعي بالسكوت الموصوف، أو السكوت الملابس.

والتعريف الذي أرى انه يحقق معنى السكوت في بحثنا هذا هو تعريفه بأنه : " موقف سلبي لا يدل على الإرادة إلا عند الحاجة بدليل " .

(١) راجع ما ذكرنا في تعريفات للسكوت.

(٢) د/عبد القادر محمد قحطان - السكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التصرفات — مرجع سابق — ص ٣٥.

## شرح التعريف:

المراد بالموقف السلبي، أى إن السكوت موقف يلتزم فيه الساكت بالصمت وعدم الكلام، هذا الموقف السلبي يشمل " السكوت الحقيقي " وهو عدم الكلام، كما يشمل "السكوت الحكمي " ، الذى يتمثل فى عدم اتخاذ هذا الشخص أى موقف أو مسلك يدل على إرادته حيال الأمر المسكوت عنه، كعدم مطالبته بحقه لدى مدينه بالطرق الشرعية وعدم مطالبة الشفيع بحقه فى الشفعة إلى غير ذلك. فالتعبير بالموقف السلبي شامل لكل ما يمكن أن يوصف بالسكوت، سواء أتمثل ذلك فى الصمت وعدم الكلام أم تمثل فى ترك فعل معين، الامتناع عن القيام بأمر معين ، فيستوي فى ذلك السكوت عن المطالبة القولية، أو الفعلية بالحق، كرفع دعوى الشفعة أو الحيازة مثلاً، ومن ذلك ما روى أن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — قال : " الشفعة للشريك والجار حتى يتركاها " (١).

هذا الموقف السلبي يتخذه شخص ما حيال أمر معين يتعلق بحق من حقوقه المالية أو الشخصية، بحيث ينتظر منه أن يعبر عن إرادته تجاهه.

هذا الشخص الساكت يفترض فيه أن تكون له إرادة معتد بها شرعاً وهذا يقتضى أن تكون له أهلية<sup>(٢)</sup> التعبير عن هذه الإرادة تعبيراً سالماً من العيوب

---

(١) الطبراني — المعجم الأوسط — تحقيق محمود الطحان — مكتبة المعارف بالرياض — الطبعة الأولى — سنة ١٩٨٥ ج ٢ ص ١٦٢.

(٢) الأهنية فى اللغة هى التصلاحية ، أى صلاحية من يتصف بها لصدور ذلك الشئ عنه وطلبه منه يقال فلان أهل لهذا الفعل إذا كان صالحاً للقيام به، أما فى الاصطلاح فىي: " صفة فى الشخص تجعله صالحاً لأن يكون له حقوق وعليه واجبات ويصح منه التصرفات " . وهى نوعان : أهلية وجوب وهى صلاحيته لأن تجب له الحقوق وتجب عليه الالتزامات أو الواجبات وهى نوعان ناقصة وكاملة ، فالناقصة هى صلاحيته لثبوت الحقوق له دون أن تلزمه حقوقاً لغيره وهى تثبت للجنين قبل ولانته، والكاملة هى صلاحيته للوجوب له وعليه. وأهلية أداء وهى صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه معتبرة فى نظر الشارع، وهى أيضاً نوعان: ناقصة وكاملة حسبما يوجد عند الشخص من التمييز والعقل فإن كل من تميزه قاصراً كانت أهلية أدائه قاصرة أو ناقصة، وإن كان تمييزه تاماً وعقله كاملاً كانت أهلية أدائه كاملة.

أنظر فى ذلك: د/ محمد مصطفى شلبي — نظام المعاملات فى الفقه الإسلامى — مطبعة اتحاد الجامعات سنة ١٩٥٥م ص ٢٦٩، د/ أحمد أبو الفتح — كتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية — مطبعة النهضة — الطبعة الثانية سنة ١٩٢٢ ص ١٤١ وما بعدها، د/ محمد يوسف موسى — الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى — دار الفكر العربى سنة ١٩٨٧ م ص ٣١٦ وما بعدها د/ عبد النودود السريتي — النظريات العامة فى الفقه الإسلامى — المكتب العربى للطباعة والنشر سنة ١٩٨٦ م ص ٢٠٠، د/ أحمد فراج حسين — الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية — مؤسسة =

كالغلط، أو الإكراه، أو التتليس ولم يتوافر في حقه عارض من عوارض الأهلية<sup>(١)</sup>.

كما يشترط فيه كذلك أن تكون لديه القدرة على التكلم، أي ليس مصمتاً، أي لا نطق له وليس سكوته من علة<sup>(٢)</sup>، ولديه حرية كاملة في أن يتكلم أو لا يتكلم ولا يمنعه من التكلم والتعبير عن إرادته مانع، سواء أكان ذلك المانع مادياً مثل الإكراه البدني كتهديد بسلاح مثلاً، أم كان مانعاً أدبياً كالحياء، وما يسمى بالنفوذ الأبوي مثل نفوذ الأب على ابنه، والزوج على زوجته، والرئيس على مرؤوسيه، وهكذا مما لا يستطیع معه الساکت أن يعبر عن إرادته.

كما يشترط في الساکت أيضاً أن يكون عالماً بالأمر المسکوت عنه، وهو محل السکوت، سواء أكان بصدد عقد أم تصرف يكون الساکت طرفاً به أو له حق أو عليه بسبب هذا التصرف، أو كان المسکوت عنه واقعة شرعية، وهی تلك الأحداث أو الصفات التي جعلها الشارع أسباباً لحقوق تترتب عليها. كالاستيلاء، والنسب والغصب، والولادة، والوفاة، والجوار، والحيابة، وما إلى ذلك من الأمور التي تمس حقاً أو مركزاً للشخص الساکت<sup>(٣)</sup>.

---

== الثقافة بالإسكندرية بنون تاريخ ص ٢٢٤، د/ محمد أحمد سراج — نظرية العقد في الفقه الإسلامي — بنون تاريخ ص ٦٣ وما بعدها، د/ محمد زكي عبد البر — الحكم الشرعي والقاعدة القانونية — دار القلم — الكويت — الطبعة الأولى سنة ١٩٨٢م ص ٦٨، د/ رمضان علي السيد الشرنياصي — أصول الفقه الإسلامي — مرجع سابق — ص ٢٠٢ وما بعدها .

(١) عوارض الأهلية هي الأمور التي تعرض للشخص فتؤثر في عقله وتمييزه، وتمنع قدرته على الإدراك منعاً تاماً أو جزئياً فترة مؤقتة أو دائمة، وقد تكون العوارض سماوية لا اختيار للشخص في اكتسابها كالجنون والعمه والمرض والسيان، وقد تكون مكتسبة، كالسكر والجهل والهزل، وقد يترتب عليها زوال الأهلية تماماً، أو نقصانها، تسقط كما في العمه والرق وقد لا تروى ولا تنقص ولكن تتغير بعض الأحكام بالنسبة لمن أصيب بها لصالحه ولصالح المجتمع كما في السفه والدين والسكر. انظر في ذلك تفصيلاً : د/ محمد يوسف موسى — الأموال ونظرية العقد — مرجع سابق — ص ٣٢٦ وما بعدها، د/ عبد الكريم زيدان — الوجيز في أصول الفقه ص ١٠٠ وما بعدها.

(٢) سبق في تعريف المسکوت في اللغة أن المصمت هو ما لا نطق له وأن الرجل يكون مصمتاً بسکات إذا كان طویل السکات من علة. راجع : الزبيدي — تاج العروس — مرجع سابق — المجلد الأول ص ٥٤٣ الزمخشري — أساس البلاغة — مرجع سابق ص ٢١٥، وراجع أيضاً تعريف السکوت لغة.

(٣) الفرق بين التصرف والواقعة، أن التصرف يقصد به أن تنجبه الإرادة لإحداث أثر معين، أما الواقعة فيقتض بها أحداث واقعة وصفات قائمة جعلها الشارع أسباباً لحقوق تترتب عليها، كما هو الشأن بخصوص الفعل الضار أو النافع أو الولادة أو الوفاة. انظر في ذلك : د/ وحيد الدين سوار — التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ٣١، د/ لاشين الغياتي — الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بين النظرية والتطبيق — دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي — مكتبة جامعة طنطا — ==

فلا بد أن يكون الساكت عالماً بالأمر المسكوت عنه، الذي يفترض أن يكون أمراً يتعلق به حق له أو عليه، إذ لا يتصور أن يقال بأن الساكت قد قبل أو رفض أمراً ما دون أن يكون عالماً بهذا الأمر ابتداءً، كما لا يتصور أن ينتظر من الساكت قبول أمر أو رفضه من غير أن يكون له علاقة به <sup>(١)</sup>.

هذا الموقف السلبي يفترض أنه غير مصحوب بقول، ولا فعل من كتابة، أو إشارة مفهومة تدل على الموافقة كهز الرأس عمودياً، أو تدل على الرفض كهز الرأس أفقياً وغير ذلك من الإشارات التي يمكن من خلالها التعرف على إرادة هذا الشخص. كما لا يصاحب هذا الموقف أي فعل آخر يدل على الإرادة كما في المعاطاة، والتعبير بطريق الدلالة الفعلية، التي سنتناولها بالتفصيل في موضع لاحق من البحث <sup>(٢)</sup>. فلو صدر من الساكت شيء من ذلك — من قول أو فعل — فلا يكون موقفه سلبياً، وإنما يكون الموقف إيجابياً تستفاد منه الإرادة.

لا يدل على الإرادة : هذه العبارة في التعريف تعد بياناً للأثر المترتب على السكوت المتمثل في الموقف السلبي غير المصحوب بقول ولا فعل يدل على الإرادة وهو ما يعرف بالسكوت المجرد - البسيط - فهذا السكوت لا دلالة له بذاته على الإرادة. لأن دلالاته احتمالية ظنية فلا تكون حجة في استنباط الإرادة التي هي أساس للعقود والتصرفات، فلا شك في أن انتزاع الرضا من سكوت مجرد فيه نوع من الظلم والافتراء والضرر، وكل ذلك منهي عنه بنصوص الشرع، إذ قد يكون السكوت نتيجة عدم الانتباه، أو الشرود، أو عدم الاكتراث، أو الاستهزاء، أو الاستغراب، أو الموافقة أو الرفض، أو الإنكار إلى غير ذلك من المعاني التي تتردد دلالة السكوت بينها بحيث يصعب الاعتماد على أحدها من غير استناد إلى فعل، أو قرينة ترجحها، فمع تعدد احتمالات أسباب التزام هذا الموقف السلبي وصعوبة تحديد أحدها على جهة القطع واليقين تكون دلالاته ظنية لا يعتد بها دليلاً على الإرادة في أي صورة من صورها <sup>(٣)</sup>.

---

= الطبعة الأولى سنة ١٩٨٦ - ص ٥، ولسيادته أيضاً خيار الرؤية وأثره على العقد بين للشرعية الإسلامية والقانون الوضعي - منشور بمجلة الشريعة والقانون إصدار كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ٢٤ يونيو سنة ١٩٨٦م ص ٨٧، د/ عبد القادر محمد قطان - السكوت المعبر عن الإرادة - مرجع سابق - ص ٨٨٥.

(١) د/ عبد القادر محمد قطان - السكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التصرفات - مرجع سابق ص ٨٨٥.

(٢) انظر ما سيأتي في التمييز بين السكوت وبين غيره من وسائل التعبير عن الإرادة .

(٣) انظر ما سيأتي توضيحه في الأصل في دلالة السكوت.

فهذا الجزء من التعريف : " موقف سلبي لا يدل على الإرادة " يبين السكوت المجرد الذي لا يدل بذاته — من غير قول ولا فعل ولا دليل آخر — على الإرادة . وهو الذى قصده الفقهاء بقولهم : " لا ينسب إلى ساكت قول " . وهو الشق الأول من القلعة الفقهية التى صاغها الفقهاء القدامى فى سبيل دلالة السكوت على الإرادة الذى يقرر أن الأصل فى السكوت أنه لا دلالة له على الإرادة .

إلا عند الحاجة بدليل : هذا الجزء من التعريف يتضمن الإشارة لنوع آخر من السكوت، عده الفقه الإسلامى دليلاً على الإرادة على سبيل الاستثناء من الأصل المقبور فى ذلك، الذى أشار إليه صدر التعريف .

والسكوت الذى قد تكون له دلالة استثنائية على الإرادة هو الذى قصده الفقهاء المسلمون بقولهم : " ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " وهو الشق الثانى من القاعدة الفقهية المشار إليها سابقاً .

فإذا كان الأصل عدم الاعتداد بالسكوت فى مجال التعبير عن الإرادة ، فهذا صادق على السكوت المجرد — البسيط — ولكن السكوت فى حالات معينة يكون دليلاً على الإرادة وإظهاراً لها . وذلك عندما تكون هناك حاجة تدعو إلى الاعتداد بالسكوت وعده بياناً أى عند الخشية من وقوع ضرر بنفس أو مال، أو أى مصلحة من المصالح التى قصد الشرع المحافظة عليها .

ولما كان السكوت يعد بياناً عند الحاجة على سبيل الاستثناء، فلا بد من وجود دليل لذلك من نص، أو عرف ، أو قرينة أى دلالة حال، يؤيد الخروج عن الأصل فى دلالة السكوت، وعده دليلاً على الإرادة دفعا للحاجة ، ورفعاً للحرص والمشقة، وذلك يتفق مع الأسس العامة للتشريع الإسلامى التى تدعو إلى التيسير عن المكلفين، ورفع الحرج والمشقة عنهم .

والسكوت المعبر عن الإرادة فى الفقه الإسلامى هو ما يعرف بالسكوت فى موضع الحاجة إلى البيان ، ويعرف فى القانون الوضعى وفقهه بالسكوت الموصوف إذا تحددت دلالاته عن طريق نص أو عرف أو اتفاق، أو السكوت الملابس إذا تحددت دلالاته من خلال الظروف والقرائن .

وعد السكوت دليلاً على الإرادة عند الحاجة، يبين أن الفقه الإسلامى لم يلتزم مبدأ عدم الاعتداد بالسكوت التزاماً مطلقاً، بل خرج عليه معتداً بالسكوت عند الحاجة

استثناء، ويراعى أن الدلالة هنا لم تحصل من مجرد السكوت بل منه مع ما انضم إليه من نص، أو قرينة أى دلالة حال<sup>(١)</sup>، إذ لو كان السكوت مجرداً لاندرج حكمه تحت المبدأ العام فى دلالة السكوت.

وهكذا يكون تعريفنا للسكوت شاملاً للسكوت المجرد الذى لا دلالة له على الإرادة والسكوت الذى قد تكون له دلالة استثنائية عليها. وسوف نتعرض لذلك تفصيلاً فى موضع لاحق.

---

(١) انظر : ابن أمير الحاج - التقرير والتحبير - المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق - الطبعة الأولى سنة ١٣١٦ هـ ج، ١ ص ١٠٦ ، د/ بدران أبو العينين بدران - بيان النصوص التشريعية - منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٦٩م ص ٢٢٣ ، راجع ما سيأتى لاحقاً فى الاستثناء على الأصل فى دلالة السكوت.

## المبحث الثاني

### اطلاقات السكوت في القرآن الكريم والسنة النبوية

ورد السكوت في القرآن الكريم وفي السنة النبوية المطهرة بإطلاقات متعددة نذكر منها ما يلي:

أ - جاءت كلمة السكوت في القرآن الكريم في موضع واحد وقد استعملت في هذا الموضع بمعنى "سكن" في قوله تعالى: "ولما سكّت عن موسى الغضب أخذ الألواح وفي نسختها هدى ورحمة للذين هم لربهم يرهبون"<sup>(١)</sup>.

فالآية الكريمة تضمنت كلمة "سكت" والمراد منها كما ذكر علماء التفسير أنها بمعنى "سكن" بالنون. وأصل السكوت السكون والإمساك، يقال جرى الوادي ثلاثاً ثم سكن أى أمسك عن الجرى. وقال عكرمة: سكّت موسى عن الغضب، فهو من المقلوب. كقولك: أدخلت الإصبع فى الخاتم، وأدخلت الخاتم فى الإصبع. وقرئ سكن وسكت وأسكت أى أسكته الله وأخوه باعتذاره إليه<sup>(٢)</sup>. وذكر الإمام الطبرى فى تفسير هذه الآية الكريمة. ولما سكّت ... أى ولما كف موسى عن الغضب وكذلك كل كاف عن شئ ساكت عنه، وإنما قيل للساكت عن الكلام ساكت لكفه عنه.. يقال سكّت عن الحزن وعن كل شئ إذا كف عنه<sup>(٣)</sup>.

---

(١) سورة الأعراف، آية [ ١٥٤ ] .

(٢) القرطبى - الجامع لأحكام القرآن - مرجع سابق - المجلد الرابع ص ٢٦٣، الألوسى - روح المعانى فى تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني - دار الطباعة المنيرية مصر - بدون تاريخ - الجزء التاسع ص ٧١، لشوكانى - فتح للقدیر الجامع بین فنى الرواية والندراية فى علم التفسير - دار المعرفة بيروت - لبنان بدون تاريخ - الجزء الثانی ص ٢٥٠، الرازى - التفسير الكبير - دار الكتب العلمية طهران - الطبعة الثانية جديدة بدون تاريخ - الجزء الخامس عشر ص ١٤، ابن كثير - تفسير القرآن العظيم - عيسى البابى الحلبي وشركاه - بدون تاريخ - الجزء الثاني ص ٢٤٩، للقلسمى تفسير القاسمى المسمى محاسن التأويل - تصحيح محمد فؤاد عبد الباقي - دار إحياء الكتب العربية عيسى البابى الحلبي وشركاه بدون تاريخ - الجزء للسلبي - ص ٢٨٦٣.

(٣) انظر الإمام الطبرى - جامع البيان فى تفسير القرآن - المطبعة الأميرية الكبرى - طبعة الأولى سنة ١٣٢٣ هـ - الجزء التاسع ص ٤٩، وجاء فى تفسير الآية الكريمة أيضاً: أنه لما ذهب عن موسى الغضب لما أعطى الله موسى التوراة فى سبعة ألواح من زيرجد فيها تبيان لكل شئ وموعظة التوراة مكتوبة، فلما جاء بها فرأى بنى إسرائيل عكفوا على العجل، فرمى التوراة من يده فتحطمت فأقبل على هارون وأخذ برأسه، ولما ذهب غضبه وسكن أخذ الألواح.. الخ، وهذا وصف مباغتة حيث إنه جعل الغضب للحصول له على فعل كالأمر به حتى عبر عن سكونه بالسكوت، وهو هنا مجاز تشبيهه أو =



فالقُرآن الكريم وردت به كلمة " السكوت " بمعنى السكون، وهذا هو الموضع الوحيد الذى ذكرت فيه كلمة السكوت فى القرآن الكريم وأما فى السنة النبوية فقد وردت كلمة السكوت فى أحاديث كثيرة بمعانٍ متعددة نذكر منها ما يلى: -

أولاً: ورد السكوت فى السنة بمعنى ترك الكلام مطلقاً، وعدم النطق، وهو كثير نكتفى بذكر أمثلة له فقط.

فمنها: ما روى عن أبى شريح الخزاعى أن النبى - صلى الله عليه وسلم - قل: " من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليحسن إلى جاره ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيراً أو ليسكت " وفى رواية.. " أو ليصمت " (١).

ومنها: ما روى عن السيدة عائشة - رضى الله عنها - أنها قالت " قلت يا رسول الله يستأمر النساء فى أبضاعهن؟ قال: نعم، قلت فإن البكر تستأمر فتستأمر فتستأمر فتستأمر فتستأمر، قال: سكاتها إننها " (٢) فنرى أن السكوت هنا استعمل بمعنى عدم الكلام.

= تمثيل مبنى على تصوير الغضب فى شخص ذى قوة يأمر وينهى فيطاع، قال الزمخشري.. كأن الغضب كان يغريه على ما فعل ، ويقول له: قل لقومك كذا، وألقى الألواح، وجر برأس أخيك إليك فترك النطق بذلك وقطع الإغراء، والمعنى أنه لما سكت غضب موسى باعتذار أخيه، انظر فى تفسير الآية الكريمة البيضاوى - أنوار التنزيل وأسرار التأويل - شركة مكتبة مصطفى البلبى الحلبي الطبعة الثانية سنة ١٩٦٨ - الجزء الأول ص ٣٧١، السيوطى - تفسير الدر المنثور فى التفسير المأثور - دار الفكر للطباعة - بيروت - لبنان - الطبعة الثانية سنة ١٩٨٨ المجلد الثالث ص ٥٦٦، محمد رشيد رضا - تفسير القرآن الحكيم - مطبعة المنار بمصر - الطبعة الثانية سنة ١٣٥٠هـ - الجزء التاسع ص ٢١٣، سيد قطب - فى ظلال القرآن - دار الشروق - الطبعة الثانية عشرة سنة ١٩٨٦ المجلد الثالث ص ١٣٧٦.

(١) ابن حجر - فتح البارى - مرجع سابق ج ١١ ص ٣٦٣ كتاب الرقاق ، مسلم - صحيح مسلم - مرجع سابق ج ١ ص ٦٨، ٦٩.

(٢) ابن حجر - فتح البارى - مرجع سابق ج ١٢ ص ٣٨٥ كتاب الإكراه، مسلم - صحيح مسلم - مرجع سابق ج ٢ ص ١٠٣٧ كتاب النكاح، الصنعائى - سبل السلام ، مرجع سابق - ج ٣ ص ٩٩٠، ٩٩١. إن البكر واستثمار الثيب، ومن السكوت بمعنى عدم الكلام فى السنة أيضاً ما روى عن أبى بكر - رضى الله عنه - أنه قال: " كنت مع النبى - صلى الله عليه وسلم - فى الغار، فرفعت رأسى فإذا أنا بأقدام القوم، فقلت: يا بنى الله لو أن بعضهم طأطأ بصره رأنا، قال: اسكت يا أبا بكر اثنان الله ثالثهما " ابن حجر - فتح البارى - مرجع سابق ج ٧ ص ٣١٨، ومن ذلك أيضاً ما روى عن أبى ثعلبة لخصنى عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: " إن الله تعالى فرض فرائض فلا تضيعوها ، وحد حدوداً فلا تعتوها، وحرم أشياء فلا تنتهكوها، وسكت عن أشياء رحمة لكم غير نسيان فلا تبحثوا عنها " وفى رواية " وترك أشياء من غير نسيان من ربكم ولكن رحمة منه لكم فاقبلوها ولا تبحثوا عنها " انظر فى =

ثانياً: وردت كلمة السكوت في السنة وأريد بها ترك الكلام في الصلاة أو عدم الجهر بالقول فيها، ومن ذلك : ما روى عن سمرة عن النبي - صلى الله عليه وسلم - " أنه كان يسكت سكنتين إذا افتتح الصلاة، وإذا فرغ من القراءة كلها"، وفي رواية: سكتة إذا كبر، وسكتة إذا فرغ من قراءة غير المغضوب عليهم ولا الضالين<sup>(١)</sup>. فقد ورد السكوت هنا بمعنى ترك الكلام في الصلاة، إلا أنه لم يكن سكوتاً مطلقاً أى محضاً، لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يدعو عند سكوته في الصلاة<sup>(٢)</sup>.

ومنه ما رواه الإمام أحمد في مسنده عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال "قرأ رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فيما أمر أن يقرأ فيه وسكت فيما أمر أن يسكت فيه، قد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة، وما كان ربك نسياً"<sup>(٣)</sup>.

ثالثاً: وردت كلمة السكوت في السنة أيضاً بمعنى فراغ المؤذن من الأذان، فقد روى عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن حفصة أم المؤمنين أخبرته أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان إذا سكت المؤذن من الأذان لصلاة الصبح وبدا الصبح

== هذا الحديث: الحاكم - المستدرک علی الصحیحین فی الحديث - مرجع سابق ج٤ ص ١١٥ كتاب الأطعمة، البيهقي - المنن الكبرى - مرجع سابق ج١٠ ص ١٢ باب ما لم يذكر تحريمه.

(١) انظر: الشوكاني - نيل الأوطار - مرجع سابق ج٢ ص ٢٣٩. وقد ورد الحديث عن سمرة أيضاً بروايات أخرى بنفس المعنى انظر في ذلك: أبو داود - سنن أبي داود - مرجع سابق ج١ ص ٢٠٤ كتاب الصلاة، باب السكتة عند الافتتاح، الترمذي - سنن الترمذي - مرجع سابق ج٢ ص ٣١. أبواب الصلاة، الإمام بن القيم - زاد المعاد في هدي خير العباد - دار الفكر بدون تاريخ ج١ ص ٥٢ في هديه - صلى الله عليه وسلم - في الصلاة.

(٢) يدل على ذلك ما روى عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال : كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذا كبر في الصلاة سكت هنيهة قبل القراءة، فقلت يا رسول الله بأبي أنت وأمي أريئت سكوتك بين التكبير والقراءة ما تقول؟ قال: أقول: " اللهم باعد بيني وبين خطاياي كما بعدت بين المشرق والمغرب اللهم نقى من خطاياي كما ينقى الثوب الأبيض من الدنس، اللهم اغسلني بالتميز والماء والبرد" رواه الإمام الشوكاني، وقال : رواه الجماعة إلا الترمذي. انظر: الشوكاني - نيل الأوطار - مرجع سابق ج٢ ص ١٩١ باب ذكر الاستفتاح بين التكبير والقراءة في الصلاة، ومعنى : سكت هنيهة أى قليلاً، فقد استعملت كلمة السكوت في الحديث الشريف بمعنى عدم رفع الصوت أو الجهر بالدعاء في هذا الموضع من الصلاة، وهذا يعني أن سكوته - صلى الله عليه وسلم - لم يكن سكوتاً مطلقاً أى محضاً. بليل سؤال أبي هريرة... ما تقول؟ فدل على أن هناك قولاً، وللرسول - صلى الله عليه وسلم - أخبره بما كان يقول في هذه السكتة من الدعاء.

(٣) انظر: الإمام أحمد ابن حنبل - المسند - دار المعارف للطباعة والنشر بمصر سنة ١٩٤٨ شرح وفهرسة أحمد محمد شلكر. مرجع سابق ج٥ ص ٣٦.

ركع ركعتين خفيفتين قبل أن تقام الصلاة<sup>(١)</sup> فقد فسر سكوت المؤذن في هذا الحديث بأنه الفراغ من الأذان<sup>(٢)</sup>.

وأخيراً ، وردت كلمة " سكت " في السنة، بمعنى مات. وذلك فيما روى أنه لما أمر النبي - صلى الله عليه وسلم - برجم ماعز بن مالك خرجنا به إلى البقيع فوالله ما أوتقناه ، ولا حفرنا له، ولكنه قام لنا - قال أبو كامل: فرميناه بالعظام والمدر والخوف فاشتد واشتدنا خلفه حتى أتى عرض الحرة فانتصب لنا. فرميناه بجلاميد الحرة حتى سكت<sup>(٣)</sup> وفي رواية حتى " سكن " والأول أصوب. ومعناهما : مات.

وهكذا، عرضنا إلى الموضع الوحيد الذي ذكرت فيه كلمة السكوت في القرآن الكريم وعلمنا أن معناها السكون، وعرضنا كذلك لبعض المواضع التي ذكرت فيها كلمة السكوت في السنة النبوية - وعلمنا معانيها في كل موضع منها. وفيما يلي نبين الإطلاقات التي ورد بها التعبير عن السكوت في القرآن الكريم والسنة بغير كلمة السكوت.

ب - التعبير عن السكوت باطلاقات أخرى غير كلمة السكوت في القرآن الكريم وفي السنة.

إذا كانت كلمة السكوت قد ورد ذكرها في القرآن الكريم في موضع واحد، وذكرت في السنة في مواضع كثيرة من أحاديث الرسول - صلى الله عليه وسلم - على نحو ما رأينا فقد وردت باطلاقات أخرى في مواضع كثيرة، وبعبارة أخرى عبر القرآن الكريم عن السكوت باطلاقات أخرى غير كلمة سكت ومشقاتها، وكذلك في السنة النبوية، من هذه الاطلاقات ما يلي:

(١) انظر: مسلم - صحيح مسلم - مرجع سابق ج١ ص ٥٠٠ كتاب صلاة المسافرين وقصرها، الإمام مالك: الموطأ - مرجع سابق ص ١٢٧ كتاب صلاة الليل باب ما جاء في ركعتي الفجر، وانظر أيضاً في هذا الحديث: ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق ج٢ ص ١٢٦ كتاب الأذان باب الأذان بعد الفجر.

(٢) انظر: الزرقاني - شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك - مرجع سابق ، ص ٢١٦.

(٣) أبو داود - سنن أبي داود - مرجع سابق - ج٤ ص ١٤٧ كتاب الحدود حديث رقم ٤٤٣١، أبادى عون المعبود شرح سنن أبي داود - المكتبة السلفية بالمدينة المنورة - الطبعة الثانية سنة ١٩٦٩ ج١٢ ص ١٤٤ كتاب الحدود - الشوكاني - نيل الأوطار - مرجع سابق ج٧ ص ١٠٣ كتاب الحدود باب ما ينكر في الرجوع عن الإقرار ومعنى " جلاميد الحرة " أي صخورها وهي الحجارة الكبار، وأحدهما جلمود، والمدر: اللطين المتماسك، وعرض الحرة: أي جانبها، والحرة : بقعة بالمدينة ذات حجارة سود واشتد واشتدنا خلفه ، أي عدا وأسرع للفرار وعدونا خلفه. انظر في ذلك: أ/ محمد فؤاد عبد الباقي في تعليقه على صحيح الإمام مسلم - المرجع السابق ج٣ هامش ص ١٣٢١.

أولاً: عبر القرآن الكريم عن السكوت بالصمت وذلك فى قوله تعالى : "وإن تدعوهم إلى الهدى لا يتبعوكم سواء عليكم أدعوتموهم أم أنتم صامتون"<sup>(١)</sup>. وهذه الآية الكريمة نزلت فى شأن المشركين الذين يعبدون الأصنام من دون الله، فيقول لهم المولى عز وجل: إنه يستوى دعاؤكم إياهم وبقاؤكم على صمتكم؛ لأن المشركين كانوا إذا وقعوا فى مهم أو فى معضلة تضرعوا إلى تلك الأصنام. فقل لهم: لا فرق بين إحداثكم الدعاء أن تستمروا على صمتكم وسكونكم<sup>(٢)</sup>. والشاهد فى الآية الكريمة أن القرآن الكريم استعمل الصمت فى التعبير عن السكوت.

كما عبرت السنة النبوية كذلك عن السكوت بالصمت فى أحاديث كثيرة<sup>(٣)</sup>.

ثانياً: عبر القرآن الكريم عن السكوت بالإنصات. وذلك فى قوله تعالى : "وإذا قرء القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون"<sup>(٤)</sup> وقوله تعالى: " وإذ صرفنا إليك نفراً من الجن يستمعون القرآن فلما حضروه قالوا أنصتوا فلما قضى ولو إلى قومهم منذرين"<sup>(٥)</sup> فالإنصات المذكور فى الآيتين الكريمتين بمعنى السكوت للاستماع والإصغاء والمراعاة فأنصت ينصت -إنصاتاً، ونصت أيضاً أى سكت<sup>(٦)</sup>.

(١) سورة الأعراف، آية [١٩٣].

(٢) انظر فى تفسير هذه الآية الكريمة على سبيل المثال: الرازى - التفسير الكبير - دار البغداد العربى سنة ١٩٩٢ جـ ١٥ ص ٩١، الطبرى - جامع البيان فى تفسير القرآن - المطبعة الأميرية الكبرى - الطبعة الأولى سنة ١٣٢٣ هـ - جـ ٩ ص ١٠٢، محمد رشيد رضا - تفسير القرآن الحكيم - مرجع سابق جـ ٩ ص ٥٢٦، الشوكانى - فتح القدير - مرجع سابق جـ ٢ ص ٢٥٠، ابن كثير - تفسير القرآن العظيم - مرجع سابق جـ ٢ ص ٢٧٦، محمد على الصلابونى - صفوة التفسير - مرجع سابق جـ ٩ ص ٤٧٤.

(٣) من الأحاديث التى ورد للتعبير فيها عن السكوت بالصمت ما ورد بشأن سكوت البكر أى صمتها عند الزواج من ذلك ما روى عن ابن عباس - رضى الله عنهما - أنه قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: " للثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن فى نفسها وإنها صماتها" وفى رواية " ... فصمتها إقرارها" انظر مسلم - صحيح مسلم - مرجع سابق جـ ٢ ص ١٠٣٧، الإمام مالك - الموطأ - مرجع سابق ص ٥٢٤، كتاب الفكاك، الإمام أحمد - المسند - مرجع سابق جـ ٥ ص ٣٦، ابن هبيرة الإقصاد عن معانى الصالح - دار الوطنى - الرياض - الطبعة الأولى سنة ١٤١٧ هـ - جـ ٣ ص ٢٢٣، وقد سبق أن ذكرنا أن الصمت من المعانى اللغوية للسكوت، صمت أى سكت، والتصميت التسميت، وأصمت أى خرس لسانه مع حضور ذهنه، وقولك، أصمت أى اسكت.. انظر: ابن حجر فى مقامة فتح البارى - مرجع سابق - ص ١١٦، وانظر ما سبق فى تعريف السكوت لغة.

(٤) سورة الأعراف، آية [٢٠٤].

(٥) سورة الأحقاف، آية [٢٩].

(٦) انظر: القرطبى - للجامع لأحكام القرآن - مرجع سابق - المجلد الرابع جـ ٧ ص ٣١٦ والمجلد الثامن جـ ١٦ ص ١٩٩، الرازى - التفسير الكبير - مرجع سابق جـ ١٥ ص ١٠٢.

وهكذا عبر القرآن الكريم عن السكوت بالإنصات. وقد استعمل الإنصات للتعبير عن السكوت في السنة أيضاً في أحاديث كثيرة، منها ما روى أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم قال : "إذا قلت لصاحبك يوم الجمعة أنصت والإمام يخطب فقد لغوت"<sup>(١)</sup>، وقوله - صلى الله عليه وسلم - "إنما جعل الإمام ليؤتم به، فإذا كبر فكبروا، وإذا قرأ فأنتصوا"<sup>(٢)</sup>.

-- وورد في سبب نزول الآية الأولى أن النبي - صلى الله عليه وسلم - صلى بأصحابه، فقرأ أناس من خلفه فنزلت الآية... وإذا قرء القرآن فاستمعوا له وأنصتوا " فسكت الناس خلفه، فالآية الكريمة نزلت في الصلاة فأمروا باستماع قراءة الإمام والإنصات له وظاهر اللفظ يقتضي وجوبها أي الإنصات باللسان والاستماع بالأنفين حيث يقرأ القرآن مطلقاً، وعامة الفقهاء على استحبابهما خارج الصلاة . كما أن الآية الثانية " قالوا أنصتوا " أي قال الجن لبعضهم استمعوا للاستماع إلى القرآن. انظر في ذلك البيضاوي - أنوار التنزيل وأسرار التأويل - مرجع سابق ج١ ص ٣٨٣، ابن العربي - أحكام القنآن - مطبعة السعادة بمصر - الطبعة الأولى سنة ١٣٢١ هـ - ج١ ص ٣٣٩، الطبري - جامع البيان في تفسير القرآن - مرجع سابق ج٩ ص ١١٠، السيوطي - تفسير الدر المنثور في التفسير المأثور مرجع سابق، المجلد الثالث ص ٦٣٤، القاسمي - تفسير القاسمي المسمى محاسن التأويل مرجع سابق ج٧ ص ٢٩٣، محمد رشيد رضا - تفسير القرآن الحكيم - مرجع سابق ج٩ ص ٥٥٢، سيد قطب - في ظلال القرآن - مرجع سابق ج٩ ص ١٤٢٤، القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - مرجع سابق المجلد الثامن ج١٦ ص ١٩٩، محمد علي الصابوني - صفوة التفاسير - ج١٦ ص ١٣٦٤.

(١) ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق - ج٢ ص ٥٠٣ كتاب الجمعة، مسلم - صحيح مسلم مرجع سابق ج٢ ص ٥٨٣ كتاب الجمعة باب الإنصات يوم الجمعة في الخطبة، الإمام مالك - الموطأ مرجع سابق ص ١٠٣ كتاب الجمعة باب الإنصات والإمام يخطب ، الزرقاني - شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك - مرجع سابق ج١ ص ٢١٤ باب ما جاء في الإنصات يوم الجمعة والإمام يخطب.

(٢) الشوكاني - نيل الأوطار - مرجع سابق - ج٢ ص ٢١٥ باب في قراءة المأموم وإنصاته إذا سمع إمامه، ومن السكوت بمعنى الإنصات أيضاً، ما روى أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال " من اغتسل ثم أتى الجمعة فصلّى ما قدر له ثم أنصت حتى يفرغ من خطبته ثم يصلي معه غفر له ما بينه وبين الجمعة الأخرى وفضل ثلاثة أيام" انظر مسلم - صحيح مسلم - مرجع سابق ج٢ ص ٥٨٧ كتاب الجمعة باب فضل من استمع وأنصت في الخطبة. والإنصات هنا معناه السكوت، واستتعت الناس أي أمرهم بالسكوت ومنه - من الاستتصات أي الأمر بالسكوت - ما روى عن جرير أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال له في حجة الوداع: استتعت الناس فقال "لا ترجعوا بعدي كفاراً يضرب بعضكم رقاب بعض". انظر ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق ج١ ص ٢٢٤ باب الإنصات للعلماء. وقد ورد في الأمر بالإنصات أي السكوت عن عائشة - رضى الله عنها قالت: كانت عندي امرأة من بنى أسد فتدخل على رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال : من هذه ؟ قلت : فلانة، لا تمام الليل - تنكر من صلاتها - فقال: " مه عليكم ما تطيقون من الأعمال فإن الله لا يمل حتى تملوا" ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق ج٣ ص ٤٦ كتاب التهجد باب ما يكره من التشدد في العبادة، رواه ابن الأثير الجزري وقال: إن "مه" بمعنى إسكت. انظر ابن الأثير الجزري - جامع الأصول في أحاديث الرسول - تحقيق عبد القادر الأرناؤوط - مكتبة الحلواني سنة ١٩٦٩م ج١ ص ٣١٢، ٣١٣. وانظر في معنى الإنصات ابن حجر في مقدمته لفتح الباري مرجع سابق ص ٢٦٨.

فقد ورد الإنصات في الحديثين الشريفين بمعنى السكوت، ونلاحظ أن في التعبير عن السكوت بالإنصات أن الإنصات يراد به السكوت وزيادة وهو الإصغاء والاستماع، وليس مجرد السكوت.

ثالثًا: عبر القرآن الكريم عن السكوت بالكتمان وذلك في مثل قوله تعالى: "إن الذين يكتُمون ما أنزلنا من البينات والهدى من بعد ما بيناه للناس في الكتاب.." (١). فالكتمان ترك إظهار الشيء مع الحاجة إليه وحصول الداعي إلى إظهاره، لأنه متى لم يكن كذلك لا يعد كتمانًا، ولما كان ما أنزله الله من البينات والهدى من أشد ما يحتاج إليه في الدين وصف من علمه ولم يظهره بالكتمان (٢)، ولذلك جاء في الحديث الشريف أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: "من سئل عن علم ثم كتمه الجم يوم القيامة بلجام من نار" (٣). وجاء في تفسير الآية الكريمة أيضًا أن الكتمان هنا بمعنى السكوت عن إيلاخ الحق الذي يعرفونه، ويكتُمون الأقوال التي تقرره ويجتنبون آيات في كتاب الله لا يبرزونها بل يسكتون عنها ويخفونها (٤).

وعكس الكتمان البيان والإظهار، فالكتمان يمكن أن يكون بعدم الكلام أو بالفعل كالحذف، والتأويل، والتحريف، لذلك يكون البيان بالقول والفعل أيضًا كالكتابة، يدل على أن الكتمان عكسه البيان قال قوله تعالى: "إلا الذين تابوا وأصلحوا وبينوا" (٥) أي بينوا ما كانوا يكتُمونه، أو بينوا إصلاحهم، وجأهروا بعملهم الصالح وأظهروه للناس (٦).

---

(١) سورة البقرة، آية [١٥٩].

(٢) الرازي - التفسير الكبير - مرجع سابق ج٤ ص ١٦٢.

(٣) الترمذي - سنن الترمذي - مرجع سابق ج٥ ص ٢٩، الطبراني - المعجم الأوسط - مرجع سابق ج٣ ص ١٥٣.

(٤) انظر: سيد قطب - في ظلال القرآن - مرجع سابق - المجلد الأول ص ١٥٠، ونظر في سبب نزول الآية: لطبري - جامع البيان في تفسير القرآن - مرجع سابق ج١ ص ٣٢، ابن العربي - أحكام القرآن - مرجع سابق ج١ ص ٢١، أبيضاوي - أنوار التنزيل وأسرار التأويل - مرجع سابق ج١ ص ٩٢، الجصاص - أحكام القرآن - مرجع سابق ج١ ص ١١٥. وورد أن الآية الكريمة نزلت في شأن أهل الكتاب الذين كانوا يكتُمون أي ينكرون البشارة بنبينا محمد - صلى الله عليه وسلم - وينكرون إخبار أنبيائهم عنه، فهم يكتُمون الحق بعدما بينه الله لهم في الكتاب. المراجع السابقة في المواضع المشار إليها.

(٥) سورة البقرة، آية [١٦٠].

(٦) انظر: محمد رشيد رضا - تفسير القرآن الحكيم - مرجع سابق ج٢ ص ٤٩. وقد استدلت العلماء بالآية الكريمة على عصيان كل من كتم الحق والعلم وترك ما أوجب الله بيانه وهو الراجح لأن الاعتداد بعموم اللفظ لا بخصوص السبب. انظر - الشوكاني - فتح التنوير - مرجع سابق ج١ ص ١٦١، القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - مرجع سابق - المجلد الأول ج٢ ص ١٧٣.

إضافة إلى ما سبق فقد عبر القرآن الكريم عن السكوت بعدم الكلام فى آيات كثيرة منها على سبيل المثال : قوله تعالى : " يوم يأتي لا تكلم نفس إلا بإذنه " (١). والمعنى انه فى يوم القيامة لا تتكلم نفس إلا لمأذون فيه من حسن الكلام وهذا يعنى السكوت (٢). وقوله تعالى " قال آيتك ألا تكلم الناس ثلاث ليال سويًا " (٣). فالآية الكريمة وردت فى شأن سيدنا زكريا — عليه السلام — حين دعا ربه : " رب هب لى من لذك ذرية طيبة " .. وورد فى ذلك أنه لما بشر بالولد ولم يبعد عنده هذا فى قدرة الله تعالى طلب آية — أى علامة — يعرف بها صحة هذا الأمر وكونه من عند الله تعالى ، فعاقبه الله تعالى بأن أصابه السكوت عن كلام الناس لسؤاله الآية بعد مشافهة الملائكة إياد. بحيث لا يستطيع النطق مع أنه صحيح (٤).

### وعبرت السنة عن السكوت بالإمساك (٥)

- (١) سورة هود ، آية [١٠٥].
- (٢) القرطبي — الجامع لأحكام القرآن — مرجع سابق — المجلد الخامس جـ ٧ ص ٨٦ .
- (٣) سورة مريم ، آية [١٠].
- (٤) القرطبي — الجامع لأحكام القرآن — مرجع سابق — المجلد الثاني جـ ٤ ص ٧٥ ، ابن كثير — تفسير القرآن العظيم — مرجع سابق — المجلد الأول ص ٣٦٢ ، محمد على الصابوني — صنوة لتفسير مرجع سابق جـ ٣ آل عمران ص ١٨٤.
- ومن السكوت بمعنى عدم الكلام أيضا قوله تعالى : " قال أخصنوا فيها ولا تكلمون " . للمؤمنون ١٠٨ ، وقوله تعالى : " يوم يقوم الروح والملائكة صفا لا يتكلمون إلا من أنن له الرحمن وقال صوليا " النبأ ٣٨ فى هذه الآيات الكريمة عبر المولى عز وجل عن السكوت بعدم الكلام. وفى معنى التعبير عن السكوت بعدم الكلام قوله تعالى : " هذا يوم لا ينطقون " المرسلات ٣٥ فعدم النطق هنا بمعنى عدم الكلام وهو السكوت.
- انظر فى تفسير الآيات السابقة : الطبري — جامع البيان — مرجع سابق جـ ٣٠ ص ١٥ ، السيوطي — تفسير الدر المنثور فى التفسير المأثور — مرجع سابق جـ ٨ ص ٢٨٦ ، القرطبي — الجامع لأحكام القرآن — مرجع سابق — المجلد العاشر جـ ٢٩ ص ١٤٠.
- (٥) من ذلك ما روى عن عبد الله بن مسعود — رضى الله عنه — أنه قال : قال لى رسول الله — صلى الله عليه وسلم — إقرأ على ، فقلت أقرأ عليك وعليك أنزل ؟ فقال : إنسى أحب أن أسمعه من غيري فافتتحت سورة النساء حتى بلغت " فكيف إذا جئنا من كل أمة بشهيد وجئنا بك على هؤلاء شهيد " النساء ٤١ إنخ فاغورقت عيناه — صلى الله عليه وسلم — فأمسكت ، فقال لى سل تعطه ، وفى رواية : " قال أمسك فإذا عيناه ترفان " . والمراد بالإمساك فى الحديث الشريف السكوت لأنه أمسك عن الكلام أى سكت. انظر فى ذلك : ابن حجر — فتح الباري — مرجع سابق جـ ٨ ص ٢١٠ ، كتاب التفسير الطبراني — المعجم الأوسط — مرجع سابق جـ ٢ ص ٣٥٣ ، الترمذي — سنن الترمذي — مرجع سابق جـ ٥ ص ٢٣٧ كتاب تفسير القرآن ، الرازي — مختار الصحاح — مرجع سابق ص ٦٢٤ حيث جاء فيه أن أمسك عن الكلام بمعنى سكت والإمساك بمعنى البخل ، كما أن الإمساك يفسر به التصيلم. ومن الإمساك بمعنى السكوت أيضا : ما روى عن عتبة بن عامر — رضى الله عنه — قيل : قلت : يا رسول الله ما النجاة ؟ قال : " أمسك عليك لسانك ، وليسعك بيتك ، وأبك على خبيثتك " . الترمذي — سنن الترمذي — مرجع سابق جـ ٦ ص ٦٠٥ كتاب الزهد باب حفظ اللسان.

وبالكف<sup>(١)</sup>، وبالسكون<sup>(٢)</sup>.

وبعد، فهذه بعض إطلاقات السكوت في القرآن الكريم والسنة النبوية ، ونبين فيما يلي العلاقة بين هذه الإطلاقات وبين تعريف السكوت لغة واصطلاحاً.

### العلاقة بين إطلاقات السكوت في القرآن الكريم والسنة النبوية تعريفه في اللغة، وفي الاصطلاح:

سبق أن بينا أن السكوت في اللغة — بمعانيه المتعددة — يعني الصمت، وعدم النطق وترك الكلام عمداً ، أو اختياراً<sup>(٣)</sup>.

وعلمنا أيضاً أن السكون في الاصطلاح يعني موقف سلبي غير مصحوب بلفظ أو فعل يدل على الإرادة، ولكن قد يستشف منه دلالة التعبير عليها استثناء من خلال النص، أو الاتفاق، أو القرائن المحيطة به عند الحاجة<sup>(٤)</sup>. ومن خلال عرضنا لإطلاقات السكوت في القرآن الكريم والسنة النبوية، رأينا أن كلمة " السكوت " وردت في القرآن الكريم ، في موضع واحد بمعنى " سكن " وجاءت في السنة النبوية — بصيغها

---

(١) من ذلك : ما روى عن عبد الله التقي قال : قلت يا رسول الله : " ما أخوف ما تخف على ؟ قل : هذا وأخذ بسانه " . قال ابن حجر ولأحمد " وكف لسانك إلا من خير " فالكف هنا هو ترك الكلام وهو السكوت كما أن الكف يكون عن الفعل أيضاً. انظر : ابن حجر — فتح الباري — مرجع سابق جـ ١١ ص ٣٦١.

(٢) منه ما روى عن جابر — رضي الله عنه — أنه قال : " كان المسجد مسقوفاً على جذوع من نخل فكان النبي — صلى الله عليه وسلم — إذا خطب يقوم على جذع منها، فلما صنع له المنبر فكان عليه، فسمعنا لذلك الجذع صوتاً كصوت العشار. حتى جاء النبي — صلى الله عليه وسلم — فوضع يده عليها فسكنت". وفي رواية : " فصاحت النخلة صياح الصبي ثم نزل النبي — صلى الله عليه وسلم — فضمه إليه يكن أنين الصبي الذي يسكن " وفي رواية : " تئن أنين الصبي الذي يسكت حتى استقرت " انظر : ابن حجر — فتح الباري — مرجع سابق جـ ٦ ص ٧٣٣، النووي — رياض الصالحين — دار العناية لطباعة والنشر — القاهرة سنة ٢٠٠٠م ص ٥٠١، والشاهد في الحديث الشريف أن الجذع كانت تئن وتبكي فلما نزل إليها النبي — صلى الله عليه وسلم — سكنت وسكنت، فالتعبير هنا بالسكون يراد به السكوت ويراد به أيضاً الكف عن الفعل، ومن السكون بمعنى الكف عن الفعل ما روى " أن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — صعد أحداً ومعه أبو بكر وعمر وعثمان ، فرجع فقال : اسكن أحد فليس عليك إلا نبي وصديق وشهيدان " انظر : ابن حجر — فتح الباري — جـ ٧ ص ٦٢ كتاب فضائل الصحابة، مسلم — صحيح مسلم — جـ ٤ ص ١٨٨٠ كتاب فضائل الصحابة، الطبراني — المعجم الأوسط — مرجع سابق ص ٢٤١، ص ٤٨٩ ، والحديث فيه تعبير عن الكف عن الفعل بالسكون.

(٣) راجع ما سبق في التعريف اللغوي للسكوت.

(٤) راجع ما سبق في التعريف الاصطلاحي للسكوت.



المختلفة. "سكت - نكت - سكات - سكوت - أسكت - ليسكت - سكتان - سكتة" بمعان متقاربة، إذ أنها في مجموعها تعنى عدم الكلام، أو عدم الجهر بالقراءة، أو الفراغ من الأذان - أى الفراغ من القول عامة .

كما ورد التعبير عن السكوت فى القرآن الكريم والسنة النبوية، بغير كلمة "سكت" ومشتقاتها، "أو صيغها المختلفة" مثل الصمت، والإنصات ، وعدم الكلام، والكتمان والإمساك ، والكف ، والسكون.

وهذه الإطلاقات كذلك متقاربة المعنى كما نرى. فهى أيضا تفيد أن "السكوت" ترك الكلام عمدا، أو لعذر، أو اختيارا ، كما تفيد ترك الفعل كما فى الإمساك والكف والسكون.

وهكذا ، نجد أن هنالك علاقة وثيقة بين معنى "السكوت" فى اللغة وفى الاصطلاح، والإطلاقات التى ورد بها فى القرآن الكريم والسنة النبوية، فما ورد من إطلاقات للتعبير عن السكوت فى القرآن الكريم والسنة النبوية لا يخرج عن إطلاقاته اللغوية، كما تتفق مع تعريفه الاصطلاحي.

وجدير بالإشارة أن من بين إطلاقات السكوت التى عرضناها ما لا يقتصر على قصر معنى السكوت فى مجرد عدم الكلام والصمت فحسب، وإنما أيضا يفيد الامتناع عن الفعل بالإضافة إلى الامتناع عن القول، مثل التعبير عن السكوت بالإمساك والكف والترك والسكوت.

ذلك أن الإمساك يعطى دلالة السكوت من حيث كونه امتناعا عن الكلام كما يعطى دلالة الامتناع عن الفعل أيضا، وكذلك الأمر بالنسبة للكف والترك. فتلك إطلاقات تعطى معنى السكوت عن القول وعن الفعل كذلك.

وهذا يعني، أن السكوت يفيد - فى الأصل - عدم الكلام ، كما يفيد أيضا عدم الفعل، أى إن السكوت مختص فى الأصل بترك الكلام إلا أنه يعطى دلالة الامتناع عن الفعل ، وهذا واضح من استخدام كلمة "السكوت" لدى العامة، إذ يطبقونها - أحيانا - ويريدون بها الكف عن الفعل لا عن القول. كمن يقول لصبى أو أى شخص يعبت بشئ أو يفعل شيئا لا يروق له "أسكت" ويريد منه كفه عن هذا الفعل لا عن قول.

وهذا يتفق مع تعريفنا الاصطلاحي للسكوت، الذي لم نقصر معنى السكوت – بناء عليه – فقط على الصمت وعدم الكلام، وإنما ضمناه أيضا دلالة الكف عن الفعل أو الترك – كما سبق – وذلك حتى يشمل كل ما يمكن أن يكون محلا للسكوت من قول أو فعل، كعدم الموافقة أو الرفض قولاً، أو فعلاً كعدم التقدم للمطالبة بحق شفعة، أو حيازة أو تصحيح نسب ، أو اعتراض عليه أو ما شابه ذلك.

## المبحث الثالث

### عناصر السكوت

من خلال تعريفنا للسكوت يتضح أن له ثلاثة عناصر هي : الساكت ، والمسكوت عنه ، والسكوت نفسه، وهو ما فرغنا من بيانه.

أما الساكت ، فهو الشخص الذى يلتزم الصمت حيال أمر معين، كان ينتظر إظهار إرادته المعتبرة نحو ذلك الأمر<sup>(١)</sup>، الذى يشترط فيه — كما سبق أن ذكرنا — أن يكون معنيا بالموقف أو الأمر المسكوت عنه. وان تكون لديه أهلية معتبرة معت بها شرعا، وأن يكون عالما بالأمر المسكوت عنه، وليس لديه مانع يمنعه من التعبير عن إرادته حيال هذا الأمر<sup>(٢)</sup>.

وأما المسكوت عنه ، فهو محل السكوت، وهو ذلك الأمر الذى يصلح لأن يتعلق به السكوت، وهو كل أمر عينه المشرع مما يصلح لتعلق إرادة الساكت به فينتج أثرا شرعيا، أو قانونيا فى حق الساكت، سواء أكان ذلك عقدا أم تصرفا أم واقعة، متى تعلق بذلك حق للساكت أو عليه — كما ذكرنا سابقا<sup>(٣)</sup> — لذلك علمنا انه يشترط أن يكون الساكت عالما به وأن يكون هذا المحل يتعلق به حق للساكت أو عليه.

وبالنظر فى كتب الفقه الإسلامى نجد أن الفقهاء القدامى قد عولوا فى إعطاء دلالة معينة للسكوت، وترتيب الأحكام عليه على مدى توافر هذه الشروط فى الساكت، وفى محل السكوت أو الأمر المسكوت عنه وذلك فى مواضع كثيرة.

ف نجد مثلا، فى حاشية الدسوقي على الشرح الكبير — بصدد الكلام عن سقوط حق الشفعة بمضى المدة \* .. محله إذا كان السكوت من بالغ عاقل رشيد أو ولى سفيه، أو صغير حاضر فى البلد عالم بالبيع لم يمنعه من القيام مانع \*<sup>(٤)</sup>.

وفى المرجع نفسه أيضا فى موضع آخر، فى بيع الفضولي : " .. وأما إذا بيع فى

---

(١) انظر : د/ عبد القادر محمد فحطان — السكوت لمعبر عن الإرادة وأثره فى التصرفات — مرجع سابق ص ٨٧٧.

(٢) راجع ما سبق فى تعريف السكوت.

(٣) راجع ما سبق فى تعريف السكوت.

(٤) انظر : الدسوقي — حاشية الدسوقي على الشرح الكبير — دار إحياء الكتب العربية — بدون تاريخ ج ٣ ص ٤٨٥.

غير حضرة المالك، وعلم وسكت عاما من حين علمه، والحال أنه ليس هناك مانع يمنعه من القيام.. وأما لو سكت بعد العلم أقل من عام.. أو أكثر مع مانع يمنع من ذلك لم يلزمه البيع " (١).

وفيهم من ذلك أن تحديد دلالة السكوت وترتب أحكامه بالنسبة لصحة العقود والتصرفات منوط بالعلم بالمسكوت عنه أيضا ، وعدم قيام مانع يمنعه من إظهار إرادته، وهذا تأكيد للشروط التي ذكرناها بالنسبة للساكت ومحل السكوت كذلك.

وجاء في بدائع الصنائع : " أن حق الطلب بالشفعة وقته هو وقت علم الشفيع بالبيع، حتى لو سكت عن الطلب بعد البيع قبل العلم به لم تبطل شفيعته " (٢).

وجاء في تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي : " والسكوت مثل الميت تباع تركته وتقسم وغريمه حاضر ساكت لم يقيم فلا قيام له إلا أن يكون له عذر " (٣).

وفي فتاوى الشيخ عليش بصدد الحيابة أيضا : " أنه متى مضت مدة الحيابة والمرأة حاضرة ساكتة بلا مانع لم تسمع دعواها على الحائز " (٤).

وهذا النص — كغيره من النصوص التي عرضناها — يشير إلى ضرورة عدم توافر المانع لدى الشخص الساكت حتى يترتب السكوت آثاره. وهذا المانع — كما ذكرنا سابقا — قد يكون مانعا ماديا، وقد يكون مانعا أدبيا ، كالحياء أو النفوذ الأبدي، يدل على ذلك ما ورد أيضا في جواب الشيخ عليش عن سؤال عن حالة أقارب بينهم ميراث فاستولي بعضهم على جميع التركة من عقار وغيره مدة تزيد على أربعين سنة، والحال أنهم لم يعلموا بحصصهم لكون بعضهم صغيرا، وبعضهم كبيرا لم يعلم، ثم علموا وكان بينهم نساء فهل يسوغ لهم الطلب بعد علمهم؟ فأجاب بأنه إن أقر واضع اليد بأن المال أصله تركه وجب عليه أن يدفع لكل ذي حق حقه ولو طال الزمان.. وإن أنكر كونه

(١) انظر : الدسوقي — حاشية الدسوقي — مرجع سابق — ج ٣ ص ١٢.

(٢) الكاساني — بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع — دار الفكر — الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦ ج ٥ ص ٢٤ ومثله أيضا في المغني لابن قدامة انظر : ابن قدامة — المغني — دار الغد العربي — طبعة جديدة بدون تاريخ ج ٦ ص ٨، ابن قدامة المقدسي — الشرح الكبير — مطبوع مع المرجع السابق ، ج ٦ ص ٨.

(٣) ابن فرحون — تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام — شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر — الطبعة الأخيرة سنة ١٩٥٨ م ج ٣ ص ٤٠.

(٤) انظر : الشيخ عليش — فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك — مطبوع مع كتاب تبصرة الحكام — المرجع السابق — ج ٢ ص ٣١٨. وذلك بصدد الإجابة عن سؤال عن مدى أحقية امرأة في استرداد منزل باعتة إلى رجل حازه مدة تزيد على مدة الحيابة وأنكرت البيع .

تركة وأدعى الملكية سمعت دعوى النساء مطلقا طال الزمان أو لا، علمن أو لا ، لأنهن  
مكرهات على السكوت خوفا من عدم انتصار الرجال لهن إن احتجن إليهم.. أما الذكور  
فمن سكت منهم مع علمه بملكه وتصرف واضع اليد لم تسمع دعواه.. " (١).

فنرى من خلال ذلك أن المانع من المطالبة — القولية أو الفعلية — قد يكون مانعا  
ماديا أو أدبيا.

وجاء في قواعد الزركشي : " ولو حلق الحلاق رأس محرم وهو ساكت ، فلم  
يمنعه مع القدرة فالأصح أنه كما لو حلق بأمره فتلزمه الفدية " (٢).

وهكذا ، نجد أن الفقهاء — من خلال هذه النصوص وأمثالها — يتفقون على  
ضرورة توافر الشروط التي ذكرناها في الساكت ومحل السكوت، أي الأمر المسكوت  
عنه.

فالسكوت بوصفه فعلا للمكلف يتعلق به الحكم ، أي خطاب الشرع، لا بد أن يكون  
معلوما للمكلف علما تاما، بحيث يستطيع المكلف أدائه ، كما يشترط أن يكون في مقدرة  
المكلف بحيث يستطيع أن يفعله أو لا يفعله.

---

(١) انظر : الشيخ عليش : فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك — مرجع سابق — ج ٢ — ص ٣١٩.

(٢) انظر: الزركشي — المنثور في القواعد للزركشي — تحقيق د/ تيسير فائق أحمد محمود — مراجعة  
د/ عبد الستار أبو غدة - وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت - برون تاريخ — ج ٢ ص ٢٠٧.

## المبحث الرابع أنواع السكوت وتحديد نطاقه

ونعرض تلك من خلال مطلبين :

الأول : أنواع السكوت .

الثاني : تحديد نطاقه .

### المطلب الأول أنواع السكوت

ينقسم السكوت بحسب مصدره إلى نوعين :

**النوع الأول : السكوت الصادر من المكلف المخاطب بالحكم، وهو ما يعرف في علم أصول الفقه بالمحكوم عليه الذى هو أحد عناصر الحكم الشرعي، وهو المكلف، أى الشخص الذى يتعلق به خطاب الشارع ، ومن توجه إليه هذه الأحكام ويطلب بتنفيذها والامتثال لها <sup>(١)</sup>.**

---

(١) من المعنوم أن الحكم الشرعي — الذى هو : " خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاعتضاء، أو التخير ، أو الوضع لا بد له من حاكم، ومحكوم فيه، ومحكوم عليه. وتلك عناصر الحكم الشرعي أى لركفه التى لا بد منها، وقد عدّها الإمام الغزالي أربعة فى قوله : " وهى — أى الأركان — أربعة : الحكم والمحكوم عليه — والمحكوم فيه — ونفس الحكم " .  
فالحكم وهو المشرع الذى يصدر عنه الحكم أى مصدره.

فلا خلاف بين المسلمين فى أن الحاكم هو الله سبحانه وتعالى فهو المشرع الذى تصدر عنه الأحكام وتنفذ منه حجبتها. فلا حكم إلا متى حكم به ولا شرع إلا ما شرعه الله سبحانه وتعالى. أما المحكوم فيه فهو ما يتعلق به خطاب الشارع، وهو موضوع الحكم الشرعي أى فعل المكلف الذى يتعلق به تحكم الشرعي. أما المحكوم عليه فهو : المكلف أى الشخص الذى تعلق به خطاب الشارع أى من توجه إليه هذه الأحكام ويطلب بتنفيذها. راجع فى ذلك تفصيلاً : الإمام الغزالي — المستصفي — المطبعة الأميرية بمصر — الطبعة الأولى — سنة ١٣٢٢ هـ — ج ١ ص ٨١، الأمدى — الإحكام فى أصول الأحكام مؤسسة الحلبي وشركاه سنة ١٩٦٧م — ج ١ ص ٧٦، ابن أمير الحاج — التقرير والتحبير — المطبعة الكبرى الأميرية — الطبعة الأولى سنة ١٣٦١ هـ — ج ٢ ص ٨٩، الشوكاني — إرشاد الفحول — مصطفى البيه الحلبي وأولاده بمصر — الطبعة الأولى سنة ١٩٣٧م ص ٧، د/ عمر عبد الله — سلم الوصول إلى علم الأصول — مؤسسة المطبوعات الحديثة — الطبعة الثانية سنة ١٩٥٩م ص ٨٤، د/ حسين حامد حسان — أصول الفقه — دار النهضة العربية سنة ١٩٧١م ص ١٣٥، محمد أبو زهرة — أصول الفقه — دار الفكر العربي سنة ١٩٧٣ ص ٦٩، د/ على حسب الله — أصول التشريع الإسلامى — دار المتكف العربي — الطبعة السادسة سنة ١٩٨٢ ص ٣٧٨، د/ وهبة الزحيلي — أصول الفقه الإسلامى — دار الفكر سنة ١٩٨٦ ج ١ ص ١١٥، د/ عبد الكريم زيدان — الوجيز فى أصول الفقه — مؤسسة الرسالة —

وهذا النوع من السكوت — كما علمنا — قد يكون سكوتاً مجرداً لا دلالة له على الإرادة، وقد يعد دليلاً عليها استثناءً وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي : بالسكوت فى معرض الحاجة إلى البيان، وفى القانون الوضعي وفقهه بالسكوت الموصوف، أو الملابس بحسب وسيلة تحديد دلالاته على الإرادة، وقد أشرنا إلى ذلك فى شرح تعريف السكوت وسنتعرف على حكمه تفصيلاً فى موضع لاحق من البحث.

**النوع الثانى من السكوت : السكوت التشريعي ، أى الصادر من المشرع، أى الحاكم، وهو الله سبحانه وتعالى والمقصود به : " السكوت عن إيراد الحكم الشرعي بالنسبة لبعض المسائل، أى إعراض المشرع عن إيراد الحكم الشرعي للمسألة المسكوت عنها<sup>(١)</sup>.**

هذا النوع من السكوت يختلف عن النوع الأول — السكوت الصادر من المكلف — من حيث مصدره ومجاله.

أما اختلافهما من حيث المصدر فواضح، إذ السكوت التشريعي مصدره المشرع، أما الثانى فمصدره المكلف. وأما اختلافهما من حيث المجال فإن التشريعي مجاله النصوص الشرعية — أو الأدلة النقلية — ودلالاتها على الأحكام ، أما الثانى فمجاله — كما علمنا — كل ما يصلح لأن يتعلق به السكوت من كل أمر عينه الشرع مما يصلح لتعلق إرادة الساكت فينتج أثراً شرعياً، سواء أكان ذلك عقداً ، أم تصرفاً ، أم واقعة.

ولما كان الأمر كذلك فإن تعريفنا للسكوت لم يشمل السكوت التشريعي، وهذا الأخير له آثاره على الأحكام الشرعية، ويمكن تقسيمه إلى : ١ - سكوت مطلق ٢ - سكوت تفهم دلالاته بطريق من طرق دلالة اللفظ على المعنى، ٣ - سكوت عن بيان أحكام بعض المسائل التفصيلية، ٤ - سكوت من القرآن الكريم — فقط — عن النص على أحكام بعض المسائل ، ٥ - سكوت فى السنة النبوية ، ٦ - سكوت من بعض المجتهدين فى حالات معينة " حالات الإجماع السكوتي " .

---

-- سنة ١٩٨٧ ص ٨٧، د/ فاضل عبد الرحمن — أصول الفقه — دار المسيرة للتوزيع — عمان — الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦ ص ٤٩، د/ أحمد فراج حسين — أصول الفقه الإسلامى سنة ٢٠٠٠م ص ٣٧٤، د/ رمضان على السيد الشرنباصى — أصول الفقه الإسلامى سنة ٢٠٠٠م ص ٢٩٠.

(١) انظر : د/ عبد الرزاق حسن فرج — دور السكوت فى التصرفات القانونية — مرجع سابق ص ١١ د/ عبد القادر محمد قحطان — السكوت المعبر عن الإرادة وأثره فى التصرفات — مرجع سابق ص ٤٤.

ونقوم ببيان هذه الأنواع بكلمة موجزة عن كل منها فيما يلي :

### أولاً: السكوت المطلق :

ويقصد به أنه لم يرد بشأن المسألة المسكوت عنها نص صريح من الكتاب الكريم أو السنة النبوية، ولم يرد بشأنه إجماع.

ودلالة هذا السكوت الإباحة، بمعنى أن المسألة المسكوت عنها على هذا النحو يكون حكمها الإباحة الأصلية، أى لم ينص الشارع على تحريم متعلقها — من الأشياء والأفعال — ويطلق عليها كثير من الأصوليين اسم " البراءة الأصلية " وهى تسمية تشعر بعدم ورود نص بشأنها <sup>(١)</sup>.

هذا الأمر يتعلق بمسألة خلافة كبيرة بين العلماء، وهى : الأشياء المسكوت عنها من قبل الشارع، هل هى على الإباحة ، أو على التحريم؟ والراجح عند الجمهور أن الأصل فى الأشياء بعد البعثة الإباحة <sup>(٢)</sup>، ويستند رأى الراجح — إلى أن الأصل فى الأشياء التى لم يرد بشأنها نص — بالكتاب والسنة والمعقول.

---

(١) انظر : د/ محمد سلام منكور — نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء — دار النهضة العربية — الطبعة الثانية سنة ١٩٦٥ ص ٤٨٤، د/ وهبة الزحيلي — نظرية الضرورة للشرعية — سنة ١٩٦٩ ص ٢٨، د/ رمضان على السيد الشرنباصي — السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية — مرجع سابق ص ٥١-٥٠.

والمقصود بالإباحة : عند الأصوليين : التخيير بين فعل الشئ وتركه لأنها مأخوذة من المباح وهو الأمر الذى خير الشارع بين فعله وتركه أى ما خير الشارع المكلف فيه، بين الفعل وتركه، من غير مدح، ولا نهم ، لا على الفعل ، ولا على الترك. ويطلق على المباح الحلال ، والجائز ، والمطلق.

أنظر فى تعريف الإباحة : الغزالي — المستصفى — مرجع سابق ج ١ ص ٦٦، الأمدى — الإحكام فى أصول الأحكام — مرجع سابق ج ١ ص ١١٥، الشوكاني — إرشاد الفحول — مرجع سابق ص ٦، القرافي : نفائس الأصول فى شرح المحصول — نزار مصطفى الباز — الطبعة الأولى سنة ١٩٩٥ ص ٢٣٧، الشاطبي — الموافقات فى أصول الشريعة — دار المعرفة — بيروت — الطبعة الثانية سنة ١٩٩٦ م ج ١ ص ٩٥ .

والإباحة عند الفقهاء هى : الإذن ببلتين الفعل كيف شاء الفاعل، وهى مأخوذة من معناها اللغوى وهو: الإظهار والإعلان وقد ترد أيضاً : بمعنى الإطلاق والإذن ، ومنه يقال : أبحت كذا أى اطلقته فيه وأذنت له .

أنظر الأمدى — الإحكام فى أصول الأحكام — مرجع سابق ج ١ ص ١٤، الجرجاني — التعريفات مرجع سابق ص ٢٠، د/ محمد سلام منكور — نظرية الإباحة — مرجع سابق ص ٤٤ وما بعدها.

(٢) ويتفرع عن هذا الخلاف أو يظهر أثره فى كثير من الأشياء المسكوت عنها. من ذلك مثلاً: الحيوان المشكل أمره، والنبات المجهول تسميته، ومنها: إذا لم يعرف حال النهر، هل هو مباح أو مملوك، هل==



فمن الكتاب قوله تعالى " : وهو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعاً.. " (١).

حيث تدل هذه الآية على أن الله تعالى أخبر بأن جميع المخلوقات للعباد لأن " ما " موضوعة للعموم، " واللام " فى " لكم " تفيد الاختصاص على جهة الانتفاع للمخاطبين أى ذلك مختص بكم ، فيلزم منه ، أن يكون الانتفاع بجميع المخلوقات، مأثوناً فيه شرعاً.

وقوله تعالى : " قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده والطيبات من الرزق " (٢).  
فإنه تعالى أنكر بهذا الاستفهام على من حرم الزينة فوجب ألا تثبت حرمة، وإنكار التحريم يقتضي انتفاؤه، وعدم ثبوت الحرمة أى شئ من الطيبات وزينة الله، وإذا انتفت الحرمة ثبتت الإباحة. وقوله تعالى " قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة " (٣). فإنه تعالى جعل الأصل الإباحة، والتحريم استثناء.

ومن السنة النبوية قوله — صلى الله عليه وسلم — " فيما رواه سلمان الفارسي قال: سئل رسول الله — صلى الله عليه وسلم — عن السمن والجبن والفراء، فقال: الحلال ما أحل الله فى كتابه والحرام ما حرم الله فى كتابه ، وما مكث عنه فهو مما عفا لكم (٤)". وهذا الحديث برواياته المتعددة يدل على أن الحلال هو ما أحل الله وأن الحرام

---

== يجرى عليه حكم الإباحة أو الملك؟ ومنها لو نخل برجه حمام وشك هل هو مباح أو مملوك، ومنها الزرافة، فمذهب للشافعي — رحمه الله — " حل أكلها " . وقال السيوطي : " ولم يذكرها أحد من المالكية والحنفية، وقواعدهم تقتضي حلها والله تعالى أعلم " .

أنظر فى الخلاف تفصيلاً : ابن نجيم — الأشباه والنظائر — مرجع سابق — ص ٦٦، السيوطي الأشباه والنظائر — مرجع سابق ص ٦٦ - ٦٧ ، الشاطبي — الموافقات فى أصول الشريعة — مرجع سابق ج ١ ص ٣٥٣ وما بعدها، الزركشي — البحر المحيط فى أصول الفقه — وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت — الطبعة الثانية سنة ١٩٩٢ ج ١ ص ١٦٨ ، ابن خطيب الدهشة — مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي — مرجع سابق — ج ٢ ص ٥٩١ وما بعدها، القرافي — القروق مرجع سابق ص ٦ ، د/ محمد سلام مذكور — نظرية الإباحة — مرجع سابق ص ٩٦ ، وما بعدها د/ وهبة الزحيلي — نظرية الضرورة الشرعية — مرجع سابق ص ٢٨-٢٩ ، د/ رمضان على السيد الشرنياصي — السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية — مرجع سابق ص ٤٧ وما بعدها، د/ على الننوي — القواعد الفقهية — مرجع سابق ص ١٢١ ، د/ أحمد محمد الحصري — القواعد الكلية للفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ٢١٤ وما بعدها.

(١) سورة البقرة ، آية [٢٩] .

(٢) سورة الأعراف ، آية [٣٢].

(٣) سورة الأنعام ، آية [١٤٥]

(٤) الترمذي — الجامع الصحيح ( سنن الترمذي ) — مرجع سابق ج ٤ ص ٢٢٠ ، الشوكاني — نيل

الأوطار — مرجع سابق ج ٨ ص ٦.

هو ما حرم الله وأما ما سكنت عنه فهو عفو من الله فإن الله لم يك نسياً<sup>(١)</sup>.

وقوله — صلى الله عليه وسلم — " إن الله عز وجل أحل حلالاً وحرم حراماً فما أحل فهو حلال وما حرم فهو حرام وما سكنت عنه فهو عفو " <sup>(٢)</sup>.

فيتضح من ذلك أن ما سكنت عنه الشارع هو من باب العفو، وحكمه الإباحة.

وأما الدليل على ذلك من المعقول، فإن الله سبحانه وتعالى خلق الأشياء لحكمة إذ يقول — عز وجل — " وما خلقتنا السماء والأرض وما بينهما لاعيين " <sup>(٣)</sup>. ويقول أيضاً : " أفحسبتم أنما خلقتكم عبثاً " <sup>(٤)</sup>. وهذه الحكمة هي الانتفاع أى من أجل انتفاع المخلوقات بها كما أن الانتفاع بما سكنت عنه المشرع هو انتفاع بما لا ضرر فيه على المالك، ولا على المنتفع فوجب ألا يمنع كالاستضاءة بضوء الغير، والاستغلال بجداره، فثبت بهذا أو بغيره أن الأصل في المسكوت عنه الإباحة<sup>(٥)</sup>.

ولما كان حكم الأشياء المسكوت عنها هو الإباحة فقد نهى الشارع عن السؤال عنها فى قوله سبحانه وتعالى : " يا أيها الذين آمنوا لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم

---

(١) هذا الحديث روى بطرق متعددة فقد جاء فى السنن الكبرى — عن أبى الدرداء — قال : ما أحل الله فى كتابه فهو حلال وما حرم فهو حرام وما سكنت عنه فهو عافيه ، فاقبلوا من الله عافيته، فإن الله لم يكن نسياً، ثم تلا هذه الآية : " وما كان ربك نسياً " . انظر : البيهقي — السنن الكبرى — دار الفكر — بدون تاريخ جـ ١٠ ص ١٢ باب ما لم يذكر تحريمه ولا كان فى معنى ما ذكر تحريمه مما يؤكل أو يشرب، وجاء فى المستدرک أيضاً : عن ابن عباس — رضى الله عنهما — قال : كل أهل الجاهلية يأكلون أشياء ويتركون أشياء تقدرأ. فبعث الله تعالى نبيه — صلى الله عليه وسلم — ونزل كتابه وأحل حلاله وحرم حرامه فما أحل فهو حلال ، وما حرم فهو حرام، وما سكنت عنه فهو عفو، وتلا هذه الآية : " قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً على طاعم يطعمه... " الآية . انظر : الحاكم — المستدرک على الصحيحين — فى الحديث — مكتبة ومطابع النهضة الحديثة — الرياض — الجزء الرابع — ص ١١٥ كتاب الأطعمة، ابن حجر — فتح الباري — مرجع سابق — جـ ١٣ ص ٣٢٢ وما بعدها وفيه أيضاً ما روى عن أبى ثعلبة الخشني قال : قال رسول الله — صلى الله عليه وسلم : " إن الله حد حذوداً فلا تعتوها وفرض لكم فرائض فلا تضيعوها وحرم أشياء فلا تنتهكوها، وترك أشياء من غير نسيان من ربكم ولكن رحمة منه لكم فاقبلوها ولا تبخثوا عنها " . أنظر : الحاكم — المستدرک — المرجع السابق جـ ١١٥ كتاب الأطعمة.

(٢) البيهقي — السنن الكبرى — مرجع سابق جـ ١٠ ص ١٢ باب ما لم يذكر تحريمه ولكن فى معنى ما ذكر تحريمه مما يؤكل أو يشرب.

(٣) سورة الأنبياء ، آية [١٦].

(٤) سورة المؤمنون ، آية [١١٥].

(٥) د/ محمد سلام مذكور — نظرية الإباحة — مرجع سابق ص ٥٠٥، د/ وهبة الزحيلي — نظرية الضرورة الشرعية — مرجع سابق ص ٣١.

تسؤلكم وإن تسألوا عنها حين ينزل القرآن تبد لكم عفا الله عنها والله غفور حلیم" (١). وفي قول الرسول - صلى الله عليه وسلم - "دعوني ما تركتكم فإتوا أهلك من كان قبلكم سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم ، فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه وإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم" (٢). وقوله - صلى الله عليه وسلم - "إن أعظم المسلمين جرماً من سأل عن شيء لم يحرم فحرم من أجل مسألته" (٣). فيتضح من هذه النصوص وجوب ترك السؤال عن شيء لم يقع خشية أن ينزل به وجوبه أو تحريمه ، كما يفهم منها أيضاً ، النهي عن كثرة السؤال ، لما فيه غالباً من العنت وخشية أن تقع الإجابة بأمر يستتقل ، فقد يؤدي لترك الامتثال فتقع المخالفة (٤).

وقد بنى الفقهاء على ذلك قاعدة أصولية معروفة وهى : "أن الأشياء على الإباحة" وهى قاعدة يرجع إليها فى تقرير كثير من الأحكام ، وهى ترد غالباً فى موضوعات الحظر والإباحة (٥).

وتجدر التفرقة فى هذا الصدد بين المعاملات ، والعبادات ، فبالنسبة للمعاملات : الأصل فى الأشياء من المعاملات ، والعادات ، والعقود ، الأصل فيها عدم التحريم ، أما

(١) سورة المائدة ، آية [١٠١].

(٢) انظر : ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق جـ ١٣ ص ٣١٧ ، مسلم - صحيح مسلم - مرجع سابق جـ ٢ ص ٩٧٥ وفى رواية مسلم فى هذا الموضع : "نروني" وهى بمعنى دعونى ، وذكر الإمام مسلم سبب هذا الحديث فقال : عن أبى هريرة قال : "خطبنا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال : "أيها الناس قد فرض الله عليكم الحج فحجوا فقال رجل : أكل عام يا رسول الله ؟ فسكت حتى قالها ثلاث ، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لو قلت نعم لوجبت ولما استطعتم ، ثم قال : نروني ما تركتكم ، فإتوا هلك من كان قبلكم بكثرة سؤلهم واختلافهم على أنبيائهم ، فإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم ، وإذا نهيتكم عن شيء فدعوه" . انظر : صحيح مسلم - فتح الباري فى المواضع المشار إليها ، الطبراني - المعجم الأوسط - تحقيق د/ محمود الطحان - مكتبة المعارف بالرياض - الطبعة الأولى سنة ١٩٨٥ جـ ٣ ص ٣٤٦.

(٣) الشوكاني - نيل الأوطار - مرجع سابق جـ ١٠٦ ، مسلم - صحيح مسلم - مرجع سابق جـ ١ ص ١٨٣١ ، ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق جـ ١٣ ص ٣٢٤.

(٤) ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق جـ ١٣ ص ٣١٨.

(٥) انظر : السيوطي - الأشباه والنظائر - مرجع سابق ص ٦٦ ، ابن نجيم - الأشباه والنظائر - مرجع سابق ص ٦٦ ، وهذه القاعدة وردت بصيغ كثيرة منها : "أن الأصل فى الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم" و "الأصل فى الأشياء على الإباحة حتى يثبت النهي" و "الأصل فى الأشياء الإباحة حتى يصح المنع بوجه لا معارض له ودليل غير محتمل التأويل" و "أصل الأشياء الإباحة حتى يرد المنع" و "الأشياء على الإباحة حتى يثبت الحظر والمنع" و "الأشياء أصلها الإباحة" . انظر : د/ على الندوي - القواعد الفقهية - مرجع سابق ص ١٢١ - ١٢٢.

العبادات : فلها صفة دينية محضة لا يشرع فيها شيء إلا بحسب ما يرضى المشرع الحكيم، فالأصل في العبادات المنع إذ لا يجوز لأحد أن يشرع صلاة سائسة مثلاً، أو يزيد في نصاب السرة، أو نصاب الزكاة، أو عدد ركعات الصلاة، إلى غير ذلك. ذلك لأن الله تعالى لا يعبد إلا بما شرع فلا عبادة إلا بنص، قال تعالى : " فمن كان يرجو لقاء ربه فليعمل عملاً صالحاً ولا يشرك بعبادة ربه أحداً " <sup>(١)</sup>. ذكر الإمام الشاطبي أن هذه الآية اشتملت على أصلين عظيمين ، أحدهما : أنا لا نعبد إلا الله ، الثاني : ألا نعبده إلا بما شرع، لا نعبده بعبادة مبتدعة <sup>(٢)</sup>. ولذلك قرر الفقهاء قاعدة فقهية تقور : " لا تشرع عبادة إلا بشرع الله، ولا تحرم عادة إلا بشرع الله " ، والعبادات: كل ما إعتاده الناس في حياتهم مما يحتاجون إليه. وهو يشمل كل عقود البيع ، والإيجار، والهبة ، والشركة ، ونحوها.

وعلى ذلك تكون قاعدة " الأصل في الأشياء الإباحة حتى يرد المنع أو الحظر " صادقة تماماً في مجال العادات دون العبادات أى أن هذه القاعدة لا يمكن إجراؤها على عمومها <sup>(٣)</sup>.

### ثانياً: السكوت الذى تفهم دلالتة بطريق من طرق دلالة اللفظ على المعنى:

وذلك متعلق بموضوع مهم من موضوعات أصول الفقه هو موضوع "الدلالات". وترجع أهمية موضوع للدلالات، إلى أن الأحكام الشرعية تؤخذ من نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، ولغة هذه النصوص هى اللغة العربية، وفهم الأحكام الشرعية منها لا يكون فهماً صحيحاً إلا إذا روعيت أساليب اللغة العربية، وطرق دلالة الألفاظ على معانيها <sup>(٤)</sup>. فهو على حد تعبير الإمام الغزالي : " عمدة علم الأصول

(١) سورة الكهف ، آية [١١٠].

(٢) انظر : الشاطبي - الاعتصام - تحقيق : هاني الحاج - المكتبة التوفيقية - القاهرة - طبعة جديدة - بدون تاريخ - ج ١ ص ٣ - ٤.

(٣) انظر فى هذا المعنى : الزركشي - البحر المحيط فى أصول الفقه - مرجع سابق - ج ١ ص ١٦٨ د/وهبة الزحيلي - نظرية الضرورة الشرعية - مرجع سابق ص ٣٢، د/ أحمد محمد الحصري - القواعد الكلية للفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ٢١٧.

(٤) انظر : الغزالي - المستصفى - مرجع سابق - ج ١ ص ٣١٥، د/ وهبة الزحيلي - أصول الفقه الإسلامى - مرجع سابق - ج ١ ص ١٩٧، د/ محمد أبو النور زهير - أصول الفقه - مرجع سابق - ج ١ ص ٩٢، د/ جلال الدين عبد الرحمن - مذكرة فى أصول الفقه - ما يتعلق بالكتاب من الدلالات، د/ أحمد فراج حسين - أصول الفقه الإسلامى - مرجع سابق - ص ٢١٧، د/ محمود محمد الطنطاوي - أصول الفقه الإسلامى - مكتبة وهبة - الطبعة الثالثة سنة ٢٠٠١ ص ٤١٧.

لأنه ميدان سعى المجتهدين في اقتباس الأحكام من أصولها واجتثاثها من أغصانها...<sup>(١)</sup> ولذلك ، عنى الأصوليون ببيان تلك " الدلالات " والتعريف بها وترتيبها حسب قوة دلالتها، وأفاض في دراستها فقهاء الشريعة الإسلامية، القدامى والمعاصرون، وكفينا في هذا المقام أن نلقى نظرة إجمالية على أنواع هذه الدلالات.

### للعلماء في تقسيم طرق الدلالة وأنواعها منهجان .

**المنهج الأول : منهج الحنفية :** يقسم الحنفية اللفظ باعتبار دلالاته على المعنى إلى أربعة أقسام : عبارة النص ، وإشارة النص ، ودلالة النص، ودلالة الاقتضاء.  
ووجه هذا التقسيم عندهم، أن دلالة النص على الحكم إما أن تكون ثابتة باللفظ نفسه ، أو لا تكون كذلك.

والدلالة التي تثبت باللفظ نفسه، إما أن تكون مقصوده منه فهو مسوق لها، أو غير مقصوده له. فإذا كانت مقصودة فهي العبارة وتسمى " عبارة النص " ، وإن كانت غير مقصودة فهي الإشارة ، وتسمى " إشارة النص " ، والدلالة التي لا تثبت باللفظ نفسه، إما أن تكون مفهومة من اللفظ لغة أو شرعاً، فإن كانت مفهومة لغة سميت : " دلالة اللفظ " ، وإن كانت مفهومة شرعاً أو عقلاً سميت " دلالة الاقتضاء " <sup>(٢)</sup>.

**والمقصود " بعبارة النص " <sup>(٣)</sup> :** العبارة هي صيغة الكلام المركب من الأسماء والأفعال والحروف والجمل، وعبارة النص هي : دلالة اللفظ على المعنى المتبادر فهمه من صيغته نفسها، وكان الكلام مسوقاً لأجله أصالة أو تبعاً ومثالها، قوله تعالى : " وأحل الله البيع وحرم الربا " <sup>(٤)</sup>. فهذا النص القرآني دل بعبارته على معنيين يتبادر

(١) الغزالي - المستصفى - مرجع سابق - ج ١ ص ٣١٥.

(٢) د/ أحمد فراج حسين - أصول الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ٢٧١ - ٢٧٢، د/ رمضان على السيد الشرنباصي - أصول الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٢٠٧، د/ مصطفى سعيد الخن - أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء - مؤسسة الرسالة - الطبعة المابعة سنة ١٩٩٨ م ص ١٢٧.

(٣) المراد بالنص في هذا المقام : اللفظ الذي يفهم منه المعنى من القرآن والسنة سواء أكن ظاهر أم مفسراً أم خاصاً أم عاماً وليس المراد منه ما قابل الظاهر ، والمفسر والمحكم . انظر في ذلك : د/ بدران أبو العيين بدران - بيان النصوص التشريعية طرقه وأنواعه - منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٦٩ م ص ٣٠، د/ أحمد فراج حسين - أصول الفقه الإسلامي - مرجع سابق هلمن ص ٢٧٢، د/ رمضان على السيد الشرنباصي - أصول الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٢٠٧.

(٤) سورة البقرة ، آية [٢٧٥].

فهمهما منه من المعنى الحرفي للنص. وهما : حل البيع، وتحريم الربا، والتفرقة بين البيع والربا.

" وإشارة النص : هي دلالة اللفظ على معنى غير مقصود ولا سيق له النص أصالة ولا تبعاً ولكنه لازم للحكم الذى سيق الكلام لإفادته " ، ومثالها قوله تعالى: "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف " (١).

دل هذا النص بعبارته على أن نفقة الوالدات واجبة على آباء الأولاد وأن مدة الإرضاع الكامل حولان كاملان، وذلك ما سيق الكلام من أجله وهو المتبادر من ظاهر اللفظ، ودل بإشارته على نسب الولد إلى أبيه.

" ودلالة النص " هي: دلالة اللفظ على ثبوت حكم المنطوق به للمسكوت عنه لاشتراكهما فى علة الحكم التى تفهم بمجرد فهم اللغة. حيث يدرك كل عارف باللغة العربية أن الحكم فى المنطوق به كان لأجل ذلك المعنى من غير حاجة إلى نظر واجتهاد ، ولكن الحكم فى هذه الدلالة يؤخذ من معنى النص لا من لفظة، وسماها الكثيرون " فحوى الخطاب " . لأن فحوى الكلام معناه، ويسمىها الشافعية " مفهوم الموافقة " ، ومثالها قوله تعالى : " وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحساناً إما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولا كريماً" (٢).

فدل هذا النص بعبارته على أنه يحرم على الولد أن يخاطب والديه بكلمة " أف " الموضوعه للتضجر لما فى هذه الكلمة من إيذاء لهما فيتبادر إلى الفهم أن النص يتناول حرمة ضربهما وشتمه لما فى الضرب والشتم من إيذاء وإيلام أشد مما فى كلمة " أف " فيكون الضرب، والشتم ، أولى بالتحريم من التأفيف ، فيكون المسكوت عنه أولى بالحكم من المنطوق، وهذا المعنى واضح لا يحتاج إلى اجتهاد أو تأمل.

ودلالة الاقتضاء هي : دلالة الكلام على معنى يتوقف على تقديره صدق الكلام أو صحته عقلاً أو شرعاً. ذلك لأن صدق الكلام أو صحته العقلية أو الشرعية قد يتوقف على معنى خارج عن اللفظ. أى إن صيغة النص لا تدل عليه وإنما تتوقف صحة الكلام

(١) سورة النقرة ، آية [٢٣٣].

(٢) سورة الإسراء ، آية [٢٣].

عقلاً أو شرعاً على تقديره ، وسميت هذه الدلالة بالافتضاء؛ لأن الافتضاء معناه الاستدعاء، والطلب، والمعنى الذى يدل عليه الكلام يتطلبه ويستدعيه<sup>(١)</sup>. ومثال ذلك : قوله تعالى : " وأسأل القرية " <sup>(٢)</sup>. هذا الكلام لابد فيه من تقدير؛ لفظ لكى يصح عقلاً وذلك المقدر لفظ " الأهل " . فهو مسكوت عنه لكن لابد من تقديره لأن " القرية " وهى الأبنية لا يصح سؤالها عقلاً.

**المنهج الثانی : منهج الجمهور فى طرق الدلالة :** يقسم الجمهور من الأصوليين دلالة اللفظ على الحكم إلى قسمين : منطوق، ومفهوم، والمنطوق هو : دلالة اللفظ على حكم هو فى محل النطق، وهو بذلك يتناول دلالة العبارة، ودلالة الإشارة، ودلالة الافتضاء، عند الحنفية<sup>(٣)</sup>.

**أما دلالة المفهوم فتعني :** دلالة اللفظ على حكم ليس فى محل النطق أى دلالة اللفظ على حكم شئ لم يذكره فى كلامه ولم ينطق به. وهو ينقسم إلى قسمين : مفهوم موافقة ، ومفهوم مخالفة، فمفهوم الموافقة هو : دلالة اللفظ على ثبوت حكم المنطوق به للمسكوت عنه وموافقته له نفيًا أو إثباتًا لعل مشتركة بينهما.

**أما مفهوم المخالفة فهو :** دلالة اللفظ على ثبوت نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه لانتفاء قيد من القيود المقيدة فى الحكم.

نخلص مما سبق إلى أن هذا السكوت ليس من قبيل السكوت المطلق لأنه يستلزم على الحكم بطريق من طرق دلالة اللفظ التى أشرنا إليها<sup>(٤)</sup>.

(١) المقتضي عند عامة الأصوليين ثلاثة أقسام : ١- ما وجب تقديره لتوقف صدق الكلام عليه مثل قوله صلى الله عليه وسلم - : " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " . فإن الخطأ والنسيان لم يرفعا بدليل وقوعهما. إذا فلا بد من تقدير شئ حتى يكون الكلام صادقاً، وذلك بأن نقول " رفع إثم الخطأ أو ما أشبهه " وبهذا التقدير يصبح الكلام صادقاً. ٢ - ما وجب تقديره لتوقف صحة الكلام عليه عقلاً كما فى قوله تعالى " وأسأل القرية " إذ يجب تقدير وجود لفظ " أهل " حتى يستقيم للكلام عقلاً. ٣- ما وجب تقديره لتوقف صحة الكلام عليه شرعاً. وذلك كقولك لمن يملك عبداً : اعتق عبداً على بآلف. فإن هذا يدل على التملك فكأنك قلت : ملكني إياه بآلف ثم اعتقه عني.

(٢) سورة يوسف ، آية [٨٢].

(٣) انظر : ابن أمير الحاج - القرير والتحرير - مرجع سابق ج ١ ص ١١٢ ، د/ محمد صبيح السعيدى تفسير النصوص فى القانون والشريعة الإسلامية - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى سنة ١٩٧٩ ص ٥٣١ ، د/ جلال الدين عبد الرحمن - مذكرة فى أصول الفقه - مرجع سابق ص ٤٠ ، د/ أحمد فراج حسين - أصول الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ٢٨٤.

(٤) راجع فى الدلالات تفصيلاً : ابن أمير الحاج - التقرير والتحرير - مرجع سابق ج ١ ص ١٠٦ وما بعدها، الأمدي - الإحكام فى أصول الأحكام - مرجع سابق ج ٣ ص ٦٠ وما بعدها، ابن اللحام ==

### ثالثاً: السكوت من بيان الحكماء بعض المسائل الشرعية التفصيلية .

وهو شأن أكثر الوقائع التي لم ينص عليها تفصيلاً، ولكن نصب الشارع عليها أمارات ومهد طرقاً توصل إليها ، ليتوصل إليها المجتهدون، وأهل الذكر باجتهادهم، وتفكيرهم، وذلك عن طريق إلحاق ما لم ينص على حكمه، بما نص على حكمه، إذا وجدت العلة الجامعة بينهما أى بالقياس، كما يمكن التوصل إلى حكمها عن طريق العرف، أو المصلحة ، أو غير ذلك من الأدلة العقلية. فكون هذه المسائل لم يرد النص على حكمها وسُكِّتَ عنه لا يعني إهمالها من غير حكم، وإنما تُركَ شأنها لاجتهاد المجتهدين، وذلك من باب التوسعة على العباد. وهذا يعني أن السكوت في هذه الحالة أيضاً ليس سكوتاً مطلقاً<sup>(١)</sup>.

== للقواعد والفوائد الأصولية - دار الكتب العلمية - بيروت ص ٢٣٣، محمد أبو زهرة - الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي - العقوبة - دار الفكر العربي سنة ١٩٧٦ ص ٢٥٨ وما بعدها  
الشيخ/محمد الخضري - أصول الفقه - دار الحديث - بدون تاريخ ص ١٣٩ وما بعدها، د/ مصطفى سعيد الخن - أثر الاختلاف في القواعد الأصولية - مرجع سابق ص ١٢٧ وما بعدها، د/ محمد صبري السعدي - تفسير النصوص في القانون والشرعية الإسلامية - مرجع سابق ص ٥٠١ وما بعدها، د/ عبد الكريم زيدان - الوجيز في أصول الفقه - مرجع سابق ص ٣٥٤ وما بعدها، د/ محمد أبو النور زهير أصول الفقه - مرجع سابق ج ٢ ص ٩٢ وما بعدها، د/ جلال الدين عبد الرحمن - مذكرة في أصول الفقه - ما يتعلق بالكتاب من دلالات - مرجع سابق ص ٣٦ وما بعدها، د/ وهبة الزحيلي - أصول الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٣٤٨ وما بعدها، الشيخ/ محمد عبد الرحمن المحلاوي - تسهيل الوصول إلى علم الأصول - مطبعة مصطفى البابي الحلبي سنة ١٣٤١ هـ - ص ١٠١ وما بعدها  
د/ عثمان محمد عثمان - مناهج الأصوليين في الدلالات وآثارها في الأحكام الفقهية - بدون تاريخ ص ٥ وما بعدها، د/ أحمد فراج حسين - أصول الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٢٧١ وما بعدها، د/ محمود المصليحي عبد الرازق - المنطوق والمفهوم سنة ٢٠٠٠ ص ٣٠ وما بعدها، د/ رمضان على السيد الشرنباصي - أصول الفقه الإسلامي ص ٢٠٧ وما بعدها، د/ محمد أحمد سراج - أصول الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ٣١٥ وما بعدها، د/ محمد كمال الدين إمام - أصول الفقه الإسلامي المؤسسة الجامعية - الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦ م ص ٢٨٢ وما بعدها، د/ محمود محمد الطنطاوي أصول الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٤١٨ وما بعدها.

ويلاحظ أن الحنفية يقسمون الدلالة إلى دلالة لفظية وهي ما تعرفنا عليها سابقاً، وإلى دلالة غير لفظية ويسمونها الدلالة الضرورية وهي دلالة سكوت ملحق باللفظية في إفادة الأحكام، وهو ما يعرف ببيان الضرورة أو البيان بغير المنطوق وسنتعرف عليها عند الكلام عن الاستثناء في دلالة السكوت في موضع لاحق من البحث.

(١) هذه المسائل التي لم يرد بشأنها نصوص تفصيلية وإنما اقتضت النصوص بشأنها على بيان القواعد العامة التي تحكمها كالنص على وجوب الوفاء بالعقود والعهود وتحريم الغش في المعاملات، ووجوب العدل، والمساواة وللشورى، ودفع الضرر، وهذا النوع من الأحكام يخضع لسنة التطور والتبديل بتبديل المصالح والأعراف. فترك تفصيلها للمجتهدين ليستخرجوا أحكامها وفق ما تقتضيه المصلحة من خلال المبادئ العامة والقواعد الكلية للشرعية الإسلامية بما يتناسب مع مقاصد الشرع الحنيف.

أنظر في ذلك : د/ محمد مصطفى شلبي - تحليل الأحكام - مطبعة الأزهر سنة ١٩٤٧ ص ٣٠٧  
د/ مصطفى أحمد الزرقاء - الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد - الجزء الأول - المدخل للفقه العلم - ==



وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن ذلك — أى عدم النص على حكم بعض المسائل التفصيلية — مجاله بعض الأحكام العملية فى المعاملات المالية، وأحكام الأسرة، وأحكام الجرائم والعقوبات. فهذا النوع من الأحكام لم يرد بشأنه نصوص تفصيلية قاطعة، بل اقتصرَت النصوص على بيان القواعد العامة التى تحكمها، لأن هذه المسائل بطبيعتها تخضع لسنة التطور والتبديل بتبديل الظروف والعبادات، وفق ما تقتضيه مصالح العباد. وفى ذلك كانت القاعدة الفقهية المهمة التى تقرر أنه : " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان " وتعنى بإيجاز : أن بعض الأحكام تتبدل بتبدل الزمان والأعراف وهى الأحكام الاجتهادية المبنية على العرف والمصلحة، بخلاف الأحكام الأخرى الثابتة بنصوص قطعية فهى لا تتغير كأحكام العقائد، والأخلاق وأحكام العبادات <sup>(١)</sup>.

---

== مرجع سابق ص ٧ ، د/ سمير عالية — علم القانون والفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ٦٤ ، د/ عبد الناصر العطار — مبادئ القانون — مرجع سابق — ص ٣٥ ، د/ عبد الوهاب خلاف — مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه — دار القلم — الكويت — الطبعة الثانية سنة ١٩٧٢ ص ٩ ، د/ محمد عبد الجواد محمد — بحوث فى الشريعة الإسلامية والقانون — مرجع سابق ص ٧٢ ، د/ محمد أبو زهرة — الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية — دار الفكر العربى سنة ١٩٧٦ ص ١٣ ، د/ يوسف القرضاوى — للخصائص العامة للإسلام — مكتبة وهبة — الطبعة الثانية سنة ١٩٨١ ص ٩٥ وما بعدها د/ محمد رأفت عثمان — التسع فى استعمال الحقوق فى الشريعة الإسلامية والقانون — بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون بالقاهرة — العدد الأول سنة ١٩٨٢ ص ٤ ، د/ يوسف حامد العالم — المقاصد العامة للشريعة الإسلامية — دار الأمان — الرباط بالمغرب — الطبعة الثانية سنة ١٩٩٢ ص ٤٤-٤٥ د/ أحمد أبو الوفا — أثر أئمة الفقه الإسلامي فى تطوير القانون الدولى والعلاقات الدولية — دار النهضة العربية سنة ١٩٩٧ ص ١٦ ، د/ شعبان محمد إسماعيل — دراسات حول الإجماع والقياس — مكتبة النهضة المصرية — ص ١٧ ، د/ عبد العزيز عزلم — قواعد الفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ٢٣٤ .

(١) من المعلوم أن الأحكام الشرعية أنواع، فمنها ما يتعلق بالعقيدة، ويتمثل فى الأحكام الخاصة بذات الله تعالى، وصفاته، والإيمان به وبرسله وكتبه واليوم الآخر والبعث والحساب وغير ذلك من موضوعات علم التوحيد، ومنها ما يتعلق بالأخلاق وهى المتعلقة بتهذيب النفوس وإصلاحها.. وهذان النوعان من الأحكام بطبيعتها لا تقبل التغيير، لأنها أسس الدين وثوابته فهى مستقرة دائماً أبداً، كما أن المجتمع المسلم ليس به حاجة إلى تغييرها، بل إن قمة التطور أن تراعى هذه الأسس والثوابت، لذلك جاء النص على هذه الأحكام بنصوص قاطعة غير قابلة للاجتهاد . أما النوع الثالث من الأحكام الشرعية فهو الأحكام العملية التى تنظم علاقة الفرد بربه سبحانه وعلاقته بغيره من بنى جنسه، ويندرج تحته أحكام العبادات والمعاملات المالية وأحكام الأسرة، وأحكام الجرائم والعقوبات، وأحكام العبادات — من هذا النوع — أيضاً ثابتة بنصوص قاطعة ، كالصلاة ، والزكاة ، والصوم ، والحج . فلا تقبل — بحسب الأصل — الاجتهاد، وإن كان يتصور الاجتهاد فى بعض فروعها وإيداء رأى الشرع فيها نتيجة ما أحدثته الحضارة من تقدم وتطور أوجد الحاجة — أحياناً — إلى الاجتهاد فى بعض الفروع المستحدثة كجهة القبلة، أو نصاب الزكاة لأنواع التجارات الحديثة فمثل هذه الأشياء يمكن البحث عن حكمها فى قواعد الفقه الإسلامي التى لا تعجز عن الوفاء بذلك، أما أحكام المعاملات المالية وأحكام الأسرة، والجرائم==

لذا ، يرى بعض الباحثين المعاصرين تعديل نص القاعدة لتصير : " لا ينكر تغيير الأحكام المبنية على المصلحة والعرف بتغير الأزمان " <sup>(١)</sup>. ومعلوم أن المصالح المقصودة هنا هي التي لم تأت الشريعة بما يخالفها <sup>(٢)</sup>. وتغير هذه الأحكام بتغير المصلحة والعرف يعد تطبيقاً لقاعدة دوران الحكم مع علته وجوداً وعدماً <sup>(٣)</sup>.

وفى هذا الصدد يذكر الإمام ابن القيم : " أن الأحكام نوعان : نوع لا يتغير عن حالة واحدة هو عليها لا بحسب الأزمنة ولا الأمكنة ولا اجتهد الأئمة كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم ونحو ذلك ..

النوع الثاني: ما يتغير بحسب المصلحة له زماناً ومكاناً وحالا، كمقادير التعزيزات وأجناسها وصفاتها فإن الشارع ينوع فيها بحسب المصلحة " <sup>(٤)</sup>. فيقصد بذلك قابلية الأحكام المبنية على الأعراف والمصالح للتغير بتغير الأعراف وتغير وجه المصلحة المقتضية له زماناً ومكاناً وحالاً، لذلك لم يرد النص بأحكامها، بل ترك أمرها للمجتهدين، ولا يخفى ما في ذلك من التوسعة على العباد. مع ملاحظة أن المجتهد هنا

---

-- والعقوبات، فبعضها ثابت بنصوص قاطعة كأحكام الحدود والكفارات، وتحديد المحرمات من النساء وأنصبة الورثة أما غير ذلك من الأحكام الفرعية لتلك المسائل فهي ما ترك شأنها للاجتهاد. انظر: د/سمير عالية - علم القانون والفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ٧٣ وأنظر هامش [١] في الصفحة السابقة. وانظر في هذا المعنى : عبد الوهاب خلاف - تفسير النصوص القانونية وتأويلها - منشور بمجلة القانون والاقتصاد ٢٤ يولية سنة ١٩٤٨ - ص ١٨٦.

(١) انظر : د/علي أحمد النوي - القواعد الفقهية - مرجع سابق ص ١٥٨، وأنظر في شرح القاعدة على سبيل المثال : الشاطبي - الموافقات - مرجع سابق ج ٢ ص ٥٧٣، ابن تيمية - فصول في أصول الفقه - المكتبة الإسلامية - القاهرة - الطبعة الأولى ص ٧٣، سليم رستم باز - شرح المجلة المطبوعة الأميرية - الطبعة الثالثة ص ٣٦، د/ أحمد الزرقاء - شرح القواعد الفقهية - مرجع سابق ص ١٧٣، د/ يوسف حامد العالم - المقاصد العامة للشريعة الإسلامية - دار الأمان المغرب - الطبعة الثانية ص ٤٤ - ٤٥، د/ محمود عبد الله العكازي - شرح القواعد الفقهية - مرجع سابق ص ١٧٧ د/أحمد محمد الحصري - القواعد الكلية للفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٢٨٥، د/ عبد العزيز عزام - قواعد الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٢٩١.

(٢) ابن تيمية - فصول في أصول الفقه - مرجع سابق ص ٧٤.

(٣) انظر : د/ حسنين محمود حسنين - العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - دار القلم - الإمارات - دبي - الطبعة الأولى سنة ١٩٨٨ ص ١٦٤، د/ رمضان علي السيد الشرنباصي المدخل لدراسة الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٢٣٤.

(٤) ابن القيم - إغاثة اللهفان - تحقيق محمد سيد كيلاني - مطبعة الحلبي - الطبعة الأخيرة سنة ١٩٦١ ج ١ ص ٣٤٦، وفي هذا المعنى أيضاً : د/ محمد مصطفى شلبي - تحليل الأحكام - مطبعة الأزهر سنة ١٩٤٧ ص ٣٠٧.

ليس مشرعاً ولا منشئاً لأحكام تلك المسائل التي لم ينص عليها ، وإنما يقتصر دوره على الكشف والإبانة لهذه الأحكام من خلال قواعد الشريعة ومبادئها العامة، فالمشروع دائماً أبداً هو الله تعالى فلا يحكم المجتمع الإسلامي الحق غير قوانين نص عليها القرآن والسنة، أو استنبطها علماء أتقياء من نصوص الشارع الحكيم، وليس هناك خضوع لقوانين يأتي بها أشخاص ممن يرجحون ما تمليه عليهم أهواؤهم على حماية أموال الناس، وأعراضهم وديارهم<sup>(١)</sup>.

#### رابعاً: السكوت من القرآن الكريم عن النص على أحكام بعض المسائل:

وهذا النوع من السكوت ترك للسنة<sup>(٢)</sup> بيانه، فمن الثابت أن السنة النبوية مع القرآن الكريم وعلاقتها به من حيث دلالتها على ما فيه وعلى غيره على ثلاثة أوجه. الأول قد تأتي السنة موافقة ومؤكدة حكماً جاء في القرآن الكريم، كما في قوله -صلى الله عليه وسلم- "لا يحل مال المسلم إلا عن طيب نفسه"<sup>(٣)</sup>، وقوله -صلى الله عليه وسلم-

(١) انظر في ذلك : د/ سيد محمد موسى "توانا" الأفغانستاني - الاجتهاد ومدى حاجتنا إليه في هذا العصور - رسالة دكتوراه - كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر سنة ١٩٧١ نشر دار الكتب الحديثة - القاهرة سنة ١٩٧٢ ص ١٥٢.

(٢) السنة في اللغة: الطريقة محدودة كانت أو مضمومة، ومنه قوله -صلى الله عليه وسلم- "من من في الإسلام سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها بعده من غير أن ينقص من أجورهم شيء. ومن من في الإسلام سنة سيئة كان عليه وزرها ووزر من عمل بها من بعده من غير أن ينقص من أوزارهم شيء". صحيح مسلم - الجزء الثاني ص ٧٠٥ كتاب الزكاة . وقيل إن السنة : ما رسم ليحتذى ، ولذلك يقال سنة النبي - صلى الله عليه وسلم - بمعنى أنه ما رسمه. انظر الباجي - كتاب الحدود في الأصول مرجع سابق ص ٥٦، الجرجاني - التعريفات - مرجع سابق ص ١٦١. وفي اصطلاح الفقهاء : تطلق على ما يقابل الفرض. عند الجمهور وما قابل الفرض والواجب عند الحنفية ، وقال البعض : ما كان من العبادات نافذة منقول عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أي ليس بواجب منها. ولكن الاستفادة من كتب فروع الفقه : أنها تطلق عند الفقهاء على ما هو مندوب من العبادات وغيرها، وقد تطلق على ما يقابل البدعة. انظر : د/ يوسف حامد العالم - المقاصد العامة للشريعة الإسلامية - مرجع سابق ص ٥٧ د/ عبد الكريم زيدان - الوجيز في أصول الفقه - مرجع سابق ص ١٦١، د/ أحمد فراج حسين أصول الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٥٦ وما بعدها، أما السنة عند الأصوليين فهي : تطلق على ما جاء منقولاً عن النبي - صلى الله عليه وسلم - على الخصوص مما لم ينص عليه في الكتاب العزيز بل إنما نص عليه من جهته - عليه الصلاة والسلام - كان بياناً لما في الكتاب أولاً. انظر : الشاطبي الموافقات - ج ٣ ص ٣٨٩.

(٣) ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق ج ١٢ ص ٤٠٩ كتاب الحيل ، الصنعاني - سبل السلام مرجع سابق ج ٣ ص ٨٨٦.

" كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه " <sup>(١)</sup>. فهذان الحديثان يوافقان ويؤكدان قوله تعالى : " ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل " <sup>(٢)</sup>.

وقوله- صلى الله عليه وسلم - " بنى الإسلام على خمس : شهادة أن لا إله إلا الله وإن محمداً رسول الله وإقام الصلاة ، وإيتاء الزكاة ، والحج ، وصوم رمضان " <sup>(٣)</sup>. فهو يوافق قوله تعالى : " وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة " <sup>(٤)</sup> وقوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام " <sup>(٥)</sup>. وقوله تعالى : " والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً " <sup>(٦)</sup>.

الوجه الثاني : قد تأتي السنة مبينة لمجمل الكتاب، ومخصصة لعامه، أو مقيدة لمطلقه أو موضحة لمشكله، مثال تبين المجمل ، الأحاديث التي بينت كيفية الصلاة وأوقاتها وعدد صلوات كل يوم وعدد ركعات كل صلاة، وكذلك الأحاديث التي بينت نصاب الزكاة في كل نوع من أنواع الزكاة، فقد بينت هذه الأحاديث الإجمال الوارد في قوله تعالى : " أقيموا الصلوة وآتوا الزكاة " . ومثال توضيح المشكل : بيان النبي صلى الله عليه وسلم - الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر بأنه بياض النهار وسواد الليل . ومثال تخصيص العام: قوله - صلى الله عليه وسلم - " لا يرث القاتل شيئاً " <sup>(٧)</sup>. فإنه مخصص لعموم قوله تعالى : " يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين " <sup>(٨)</sup>. ومثال تقييد المطلق : تقييده - صلى الله عليه وسلم - " اليد " في قوله تعالى : " والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما " <sup>(٩)</sup>. بيد السارق اليمنى ومن الرسغ.

---

(١) ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق ج ٣ ص ٧٠١ كتاب الحج، مسلم - صحيح مسلم - مرجع سابق ج ٣ ص ١٠٣٦ كتاب القسامة.

(٢) سورة البقرة ، آية [١٨٨].

(٣) ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق ج ١ ص ٦٣ كتاب الإيمان وهذا الحديث ورد في صحيح مسلم على النحو التالي " بنى الإسلام على خمس شهادة أن لا إله إلا الله وإن محمداً عبده ورسوله وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة وحج البيت وصوم رمضان " انظر صحيح مسلم ج ١ ص ٤٥ كتاب الإيمان.

(٤) سورة البقرة ، آية [١١٠].

(٥) سورة البقرة ، آية [١٨٣].

(٦) سورة آل عمران ، آية [٩٧].

(٧) انظر للشوكاني - نيل الأوطار - مرجع سابق ج ٦ ص ٧٤ باب أن القاتل لا يرث وإن دية المقتول لجميع ورثته من زوجة وغيرها.

(٨) سورة النساء ، آية [١١].

(٩) سورة المائدة، آية [٣٨].

أما الوجه الثالث : وهو ما يعيننا فهو : أن السنة قد تأتي بحكم سكت عنه القرآن الكريم فلم ينص عليه ولا على ما يخالفه.

وقد دل الاستقراء على أن في السنة أشياء لا تحصى كثرة لم ينص عليها في القرآن الكريم. كتحريم نكاح المرأة على عمتها أو خالتها، فقد ورد أن النبي - صلى الله عليه وسلم - " نهى أن تتكح المرأة على عمتها أو خالتها " (١).

وكذلك تحريم الحمر الأهلية وكل ذي ناب من السباع، فقد روى عن خالد بن الوليد أنه قال : " غزوت مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - خبير فأنت اليهود، فشكوا أن الناس قد أسرعوا إلى حظائرهم، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - "ألا لا تحل أموال المعاهدين إلا بحقها، وحرام عليكم حمر الأهلية وخيلها، وبغالها، وكل ذي ناب من السباع، وكل ذي مخلب من الطير" (٢).

فقد أتت السنة بأحكام سكت عنها القرآن، وذلك أمر لا شك في حجيته حيث روى عن الرسول - صلى الله عليه وسلم - أنه قال : " ألا إني أوتيت الكتاب ومثله معه لا يوشك رجل شبعان على أريكته يقول عليكم بهذا القرآن فما وجدتم فيه من حلال فأحلوه، وما وجدتم فيه من حرام فحرموه، ألا لا يحل لحم الحمار الأهلي ولا أكل ذي ناب من السبع ولا لقطة معاهد إلا أن يستغني عنها صاحبها، ومن نزل بقوم فعليهم أن يقروه فإن لم يقروه فله أن يعقبهم بمثل قراه " (٣). وقال - صلى الله عليه وسلم - " لا ألفين أحدكم متكئاً على أريكته يأتيه أمر مما أمرت به أو نهيت عنه فيقول لا أدري، ما وجدنا في كتاب الله اتبعناه " (٤). وقال - صلى الله عليه وسلم - " ألا هل عسى رجل يبلغه الحديث عنى وهو متكئ على أريكته فيقول بيننا وبينكم كتاب الله فما وجدنا فيه حلال استحللناه وما وجدنا فيه حراماً حرمانه، وإن ما حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم - كما حرم الله " (٥). فهذه الأحاديث تدل على أن في السنة

---

(١) انظر ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق ج ٩ ص ٩٣ كتاب النكاح - باب لا تتكح المرأة على عمتها.  
(٢) انظر أبو داود - سنن أبي داود - مرجع سابق - ج ٣ ص ٣٥٥ - كتاب الأطعمة - باب النهي عن أكل السباع.

(٣) أبو داود - سنن أبي داود - مرجع سابق ج ٤ ص ١٩٩ كتاب السنة - باب في لزوم السنة.  
(٤) الترمذي - سنن الترمذي (الجامع الصحيح) - مرجع سابق ج ٥ ص ٣٨ كتاب العلم، أبو داود سنن أبي داود - المرجع السابق ج ٤ ص ١٩٩ نفس الموضع.  
(٥) الترمذي - سنن الترمذي (الجامع الصحيح) - مرجع سابق ج ٥ ص ٣٨ كتاب العلم.

أحكاماً سكّت عنها القرآن وهي ما تعرف بالسنة - المستقلة أو المنشئة. وهذه الأحكام لها حجية على ما تضمنته من أحكام . وهذا النوع من السنة يبين حكم ما سكّت عنه القرآن الكريم<sup>(١)</sup>.

#### خامساً: السكوت والسنة النبوية :

سبق أن عرفنا السنة عند الأصوليين بأنها : تطلق على ما جاء منقولاً عن النبي - صلى الله عليه وسلم - على الخصوص مما لم ينص عليه في الكتاب العزيز. بل إنما نص عليه من جهته - عليه الصلاة والسلام - كان بياناً لما في الكتاب أولاً. وهي بذلك تعني كل ما صدر - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - غير القرآن من قول أو فعل أو تقرير مقصود به التشريع<sup>(٢)</sup>.

وهذا يعني أن بيان النبي - صلى الله عليه وسلم - للأحكام قد يكون بالقول وهو ما يعرف بالسنة القولية، وهي أقوال الرسول - صلى الله عليه وسلم - التي قالها في مناسبات مختلفة وأغراض شتى، وهي التي تطلق عليها اسم الحديث عادة. فإذا أطلق هذا الاسم تبادر إلى الفهم أن المقصود به السنة القولية وهي كثيرة جداً، وهذا النوع من السنة خارج عن إطار السكوت.

---

(١) راجع في السنة وحجيتها - الشاطبي - للموافقات - مرجع سابق جـ ٣ ص ٣٨٩، ٤٣٦ وما بعدها، ابن القيم - الطرق الحكيمة - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى سنة ١٩٩٥ ص ٥٥ وما بعدها، د/ عبد الغني عبد الخالق - حجية السنة - المعهد العالي للفكر الإسلامي - الطبعة الأولى سنة ١٩٨٦ ص ٢٤٣ وما بعدها، د/ أحمد فراج حسين - أصول الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٧٣ وما بعدها، د/ عبد الكريم زيدان - الوجيز في أصول الفقه - مرجع سابق ص ١٦١ وما بعدها، الشيخ محمد الخضري - أصول الفقه - مرجع سابق ص ٢٧٨ وما بعدها، د/ رمضان علي السيد الشرنباصي - أصول الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٤٥ وما بعدها، د/ محمد سراج - أصول الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ١٣٨، د/ محمد كمال إمام - أصول الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ١٥٤ وما بعدها، د/ محمود محمد الطنطاوي - أصول الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ١٩٣ وما بعدها.

ويجدر التنبيه إلى أن المراد بحجية السنة أنها دليل على حكم الله فينبينا العلم أو الظن به ويظهره ويكشفه لنا فإذا أعلمنا الحكم بواسطته وجب علينا الامتثال والعمل به ، فلذلك قالوا ، معنى حجية السنة وجوب العمل بمقتضاها ، والمعنى الحقيقي للحجية هو الإظهار والكشف والدلالة ويلزم هذا وجوب العمل بالمدلول حيث إنه حكم الله . وليس معناها أنها أثبتت الحكم في الخارج وأوجدته وأن الرسول حاكم به فمرده إلى الله تعالى ، د/ عبد الغني عبد الخالق - المرجع السابق - بنفس الموضوع.

(٢) راجع في ذلك الشاطبي - الموافقات - مرجع سابق - جـ ٣ ص ٣٨٩، د/ عبد الكريم زيدان الوجيز في أصول الفقه - مرجع سابق - ص ١٦١، د/ رمضان علي السيد الشرنباصي - السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية - مرجع سابق ص ٢٦، د/ أحمد فراج حسين - أصول الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٥٧-٥٨.

وقد يقع بيانه — صلى الله عليه وسلم — بالفعل وهو ما يعرف بالسنة الفعلية .  
وهي ما فعله الرسول — صلى الله عليه وسلم — كأداء الصلاة بهياتها وأركانها ومثل  
"قضائه بشاهد ويمين المدعي" ، وأدائه — صلى الله عليه وسلم — لمناسك الحج، وهذا  
أيضاً خارج عن إطار السكوت.

وقد يقع البيان بالتقرير ، وهو ما يعرف بالسنة التقريرية، أى : سكوت النبي —  
صلى الله عليه وسلم — على إنكار قول أو فعل، صدر في حضرته ، أو فى غيبته  
وعلم به، فهذا السكوت منه دليل على جواز الفعل وإباحته.

وأمثلة ذلك كثيرة، منها ما روى عن السيدة عائشة — رضى الله عنها أنها قالت :  
" إن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — دخل على مسروراً تبرق أسارير وجهه  
فقال: " ألم ترى أن مجزرا أنفاً إلى زيد بن حارثة، وأسامة بن زيد فقال: إن هذه  
الأقدام بعضها من بعض " (١).

ففى هذا الحديث الشريف دليل على جواز إثبات النسب بالقيافة، هذا الجواز  
ثابت بالتقرير، أى سكوت النبي — صلى الله عليه وسلم — عندما شاهد القائف ، وهو  
— كما أسمته روايات الأحاديث — مجرز الملجي ، يقتف أثر أسامة بن زيد وأبيه زيد  
بن حارثة، وكان أسامة أسود وكان زيد أبيض، ولم ينكر ذلك عليه بل سرّاً — صلى الله  
عليه وسلم — بذلك.

والقيافة هي : معرفة الشبه وتمييز الأثر، وهى نوعان : قيافة أثر، وتسمى عيافة  
وقيافة بشر وهى : " علم يبحث فى كيفية الاستدلال ببيئات الأعضاء (وخاصة الأقدام)  
فى الإنسان على الاشتراك بينها فى النسب والولاء وفى سائر الأخلاق (٢) " . والقائف  
هو : من يجري هذه القيافة أى الذى يعرف الشبه ويميز الأثر، سمى بذلك لأنه يقفوا  
الأشياء أى يتبعها، قال الأصمعي : هو الذى يقفوا الأثر ويقفاه قفواً أو قيافة والجمع

---

(١) ابن حجر — فتح الباري — مرجع سابق جـ ١٢ ص ٦٦، وقد ورد الحديث برواية أخرى فى نيل  
الأوطار، جاء بها : " وفى لفظ " قالت : دخل قائف والنبي — صلى الله عليه وسلم — شاهد وأسامة بن  
زيد بن حارثة مضطجعان فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض، فسر بذلك النبي — صلى الله  
عليه وسلم — وأعجبه، وأخبر به عائشة " متفق عليه . أنظر : الشوكاني — نيل الأوطار — مرجع  
سابق جـ ٦ ص ٢٨٢، وانظر كذلك : الصنعاني — سبل السلام — مرجع سابق — جـ ٣ ص ١١٥  
ابن القيم — زاد المعاد — مرجع سابق جـ ٤ ص ١١٦.

(٢) أنظر : ابن عبد الرقيق — معين الحكام على القضايا والأحكام — تحقيق د/ محمد بن قاسم بن عباد  
دار لغزب الإسلامى سنة ١٩٨٩ م — الجزء الأول — ص ٣٤٥.

القافة<sup>(١)</sup>، فهذا مثال على تقرير النبي — صلى الله عليه وسلم — لفعل حدث أمامه ولم ينكره فكان دليلاً على جواز إثبات النسب بالقيافة.

ومن أمثلة السنة التقريرية كذلك : ما روى عن ابن عمر انه قال : قال النبي — صلى الله عليه وسلم — لما رجع من الأحزاب : " لا يصلين أحد العصر إلا في بنى قريظة " فأدرك بعضهم العصر في الطريق، فقال بعضهم : لا نصلي حتى نأتيهم، وقال بعضهم : بل نصلي ، لم يرد منا ذلك. فذكر ذلك للنبي — صلى الله عليه وسلم — فلم يعنف واحداً منهم " <sup>(٢)</sup>. ففي هذا الحديث الشريف دليل على جواز ما وقع من الفريقين أى من صلى قبل أن يصل إلى بنى قريظة خوفاً من فوات الوقت، ومن أخر الصلاة حتى وصل بنى قريظة امتثالاً لأمر النبي — صلى الله عليه وسلم — هذا الجواز لم يثبت بقول ولا بفعل منه — صلى الله عليه وسلم — وإنما ثبت بتقريره أى سكوته عندما علم بذلك.

ومن السنة التقريرية أيضاً : ما روى — فى قصة ماعز بن مالك — عن أبى بكر الصديق قال: كنت عند النبي — صلى الله عليه وسلم — جالساً فجاء ماعز بن مالك فاعترف عنده مره فرده، ثم جاء فاعترف عنده الثانية فرده، ثم جاء فاعترف عنده الثالثة فرده. فقلت له إنك أن اعترفت الرابعة رجمك . قال : فاعترف الرابعة فحبسه ثم سأل عنه فقالوا ما نعلم إلا خيراً قال : فأمر برجمه <sup>(٣)</sup>.

وللشاهد فى ذلك قوله : " فقلت له إنك إن اعترفت الرابعة رجمك " . فهذا القول قاله أبو بكر لماعز والنبي — صلى الله عليه وسلم — حاضر سامع وساكت فكان ذلك

---

(١) ابن حجر — فتح الباري — مرجع سابق ج ١٢ ص ٦٦، د/ على محمد يوسف المحمدي أحكام النسب وطرق إثباته ونفيه فى الشريعة الإسلامية — رسالة دكتوراه — كلية الشريعة والقانون — جامعة الأزهر بالقاهرة سنة ١٩٨٦ ص ٣٣٨ - ٣٤٠.

(٢) ابن حجر — فتح الباري — مرجع سابق ج ٢ ص ٥٣١، ج ٧ ص ٥٠٤ كتاب المغازي باب مرجع النبي — صلى الله عليه وسلم — من الأحزاب ومخرجه إلى بنى قريظة ومحاصرته إياهم.

وقد أخرج هذا الحديث الإمام مسلم برواية أخرى : عن عبد الله بن عمر قال : نادى فينا رسول الله صلى الله عليه وسلم — يوم انصرف عن الأحزاب " ألا يصلين أحد الظهر إلا فى بنى قريظة " فتخوف ناس فبوت الوقت فصلوا دون بنى قريظة ، وقال آخرون : لا نصلى إلا حيث أمرنا رسول الله — صلى الله عليه وسلم — وإن فاتنا الوقت. قال : فما عنف واحداً من الفريقين " انظر : مسلم — صحيح مسلم مرجع سابق ج ٣ ص ١٣٩١ — كتاب الجهاد والسير — باب المبادرة بالغزو وتقديم أهم الأمور — المتعرضين .

(٣) انظر : الشوكاني — نيل الأوطار — مرجع سابق ج ٧ ص ٩٥.



وبعد فهذه أمثلة لثبوت بعض الأحكام الشرعية بالسنة التقريرية ، وهي حجة فى ثبوت الأحكام طبقاً للرأى عند الأصوليين<sup>(٢)</sup>.

### البيان بالسكوت:

ويلحق ببيان النبي - صلى الله عليه وسلم - للأحكام بالتقرير، بيانه لها بالسكوت، أى الكف عن القول ، والفرق بين التقرير وهذا السكوت، أن الأول: يكون إزاء فعل حدث أمامه أو قول قيل أمامه أو حدث أو قيل فى غيبته ثم علم به فسكت عن الإنكار عليه. أما الثانى: يكون إزاء سؤال يتطلب جواباً منه فسكت عن الجواب أو حادثة وقعت وتستدعي بيان حكم فهنا يكون لسكوته - صلى الله عليه وسلم - دلالة.

(١) انظر: د/ رمضان على السيد الشرنباصي - السكوت ودلالته على الأحكام - مرجع سابق ص ٣٢.

(٢) وقد استدل الأصوليون على حجية الإقرار أو السنة التقريرية بما يلي :

١- أن الله تعالى أرسل نبيه بشيراً ونذيراً يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر فلو سكت عما يفعل أمامه - مما يخالف الشرع - لم يكن ناهياً عن المنكر.

٢- استلوا بعصمته - صلى الله عليه وسلم - فإن النهي عن المنكر واجب وتركه معصية يتزده عنها أهل التقوى من أفراد الأمة، فأولى أن يتزده عنها النبي صلى الله عليه وسلم.

٣- إن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز باتفاق.

٤- استلوا بما علم عن حال الصحابة - فى وقائع كثيرة - أنهم كانوا يحتجون بتقريره - صلى الله عليه وسلم - على الجواز.

هذا ويشترط لصحة الحكم الثابت بالتقرير ما يلي :

١- أن يعلم النبي - صلى الله عليه وسلم - بالفعل سواء أسمع أم رآه مباشرة أم حصل فى غيبته ونقل إليه .

٢- أن يكون قادراً على الإنكار .

٣- أن يكون المقر منقاداً للشرع أى مسلماً، أما إن كان كافراً فإن تقريره لا يدل على رفع الحرج، فليس سكوته عن الإنكار عنى فعل الكافر حجة.

٤- ألا يمنع من الإنكار مانع فإن وجد مانع صحيح أمكن إحالة الإقرار عليه فلا يكون حجة، كتركه - صلى الله عليه وسلم - نقض الكعبة ، ومنه أيضاً سكوته فى انتظار الوحي.

انظر فى ذلك : د/ رمضان على السيد الشرنباصي - السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية - مرجع سابق ص ٢٨ وما بعدها ، د/ محمد حسنى عبد الحكيم - الإجمال والبيان وأثرهما فى اختلاف الفقهاء - سنة ١٩٨٢ ص ٦٦ وما بعدها، وفى هذا المعنى انظر : أبو بكر بن العربي - المحصول فى أصول الفقه مرجع سابق ص ١١٢ ، د/ محمد سلام منكور - نظرية الإباحة - مرجع سابق ص ٧٩ ، محمد الخضري - أصول الفقه - مرجع سابق ص ٢٧٧.

وهذا السكوت نوعان : النوع الأول : أن يسكت لعدم وجود حكم شرعي في المسألة، النوع الثاني : أن يسكت مع وجود حكم للمسألة، ولكن يمنعه من الإجابة مانع. فإذا سئل النبي — صلى الله عليه وسلم — عن حادثة لا حكم فيها فسكت عن الحكم فيها ودل على أنه لا حكم فيها في الوقت، فإن استمرت الحال استقرت القضية فيه ويكون هذا إحالة للسائل على حكم الأصل.

وقد يكون المسكوت عنه قد تبين حكمه بدليل ، وهنا يكون سكوته — صلى الله عليه وسلم — بمثابة إحالة منه على الدليل، وقد يكون المسكوت عنه مما يتوهم ثبوته أو يتردد فيه لتعارض الأدلة. فالسكوت في تلك الحالة دليل الانتفاء.

أما السكوت مع وجود الحكم فهو يكون لمانع من بيان الحكم ومنه أن يكون السائل قد سأل عما لم يقع فيترك — عليه الصلاة والسلام — جوابه لعدم الحاجة إلى البيان وإشعار السائل بتكلفه دون مبرر. أو أن عقل السائل أو عقل بعض السامعين لا يحتمل الجواب تكليفاً وتنفيذاً فيسكت عن جوابه، أو أن يكون سكوته على سبيل الإنكار للسؤال نفسه لأنه مما لا ينبغي، وقد يكون السكوت أحياناً جواباً. فمن استأذن في فعل شيء فسكت النبي — صلى الله عليه وسلم — عن الإذن له دل ذلك على عدم الإذن له<sup>(١)</sup>.

#### سادساً: السكوت من بعض المجتهدين في حالات الإجماع السكوتي:

تلك مسألة أخيرة تتعلق بالسكوت التشريعي وهي مسألة الإجماع<sup>(٢)</sup> السكوتي ومعناه: أن يبدى بعض المجتهدين — في عصر من العصور — رأيه صراحة في مسألة بفتوى أو قضاء، ويسكت الباقي من المجتهدين عن إبداء رأيه بالموافقة ، أو المخالفة

(١) انظر في ذلك تفصيلاً : الزنجاني — تخريج الفروع على الأصول — مرجع سابق ص ١٢٤ وما بعدها د/ رمضان على السيد الشرنباصي — السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية — مرجع سابق ص ٣٩ وما بعدها، د/ محمد حسني عبد الحكيم — الإجمال والبيان وأثرهما في اختلاف الفقهاء — مرجع سابق ص ٦٢ وما بعدها.

(٢) الإجماع في اللغة : العزم على الشيء والتصميم عليه، كما يعني : الاتفاق يقال أجمع القوم على كذا إذا اتفقوا عليه. أما في اصطلاح الأصوليين : فله تعريفات كثيرة نختار منها تعريف الأمدي الذي عرفه بأنه: " اتفاق جملة أهل الحل والعقد من أمة محمد — صلى الله عليه وسلم — في عصر من الأعصار على حكم واقعة من الوقائع ". انظر : الأمدي — الإحكام في أصول الأحكام — مرجع سابق ج ١ ص ١٨٠، الإسنوي — التمهيد في تخريج الفروع على الأصول — مرجع سابق ص ٤٤٠، ابن خطيب الدمشقي — مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي — مرجع سابق ج ١ ص ٢٣٧، عبد الوهاب خلاف — مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه — مرجع سابق ص ١١٩.

بعد علمه بالحكم<sup>(١)</sup>. وهو يقابل الإجماع الصريح وهو : الاتفاق المعلن صراحة.

والإجماع السكوتي لا يتحقق إلا بتوافر الأمور الآتية:

١- أن يكون السكوت مجرداً من علامات الرضا والسخط لأنه إذا وجد ما يدل على الموافقة كان إجماعاً صريحاً، وكذلك إن وجد ما يدل على المخالفة لم يتحقق الإجماع أصلاً.

٢- أن يتحقق حصول علم الساكتين بقول القائلين، وذلك إما بعرض المسألة عليهم أو نشرها وظهورها بحيث لا تخفى عليهم.

٣- أن تمضي فترة كافية لبحث المسألة وتأملها وتكوين الرأي فيها.

٤- أن تكون المسألة المفتى فيها من المسائل التي يجوز فيها الاجتهاد وهي التي ليس لها نص من الكتاب والسنة، أو لها نص لكنه ظني<sup>(٢)</sup>.

وحجية الإجماع السكوتي محل خلاف كبير بين الأصوليين<sup>(٣)</sup>، وليس ذلك محل دراستنا ، فكل ما قصدناه هو الإشارة فقط إلى الإجماع السكوتي بوصفه من قبيل السكوت التشريعي.

---

(١) الإنسوي - التمهيد في تخريج الفروع على الأصول - مرجع سابق ص ٤٤٠، ابن خطيب الدهشة مختصر من قواعد العلاني وكلام الإنسوي - مرجع سابق ص ٢٣٨، د/ رمضان على السيد الشرنباصي - السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية - مرجع سابق ص ٧٩ ، على عبد الرزاق الإجماع في الشريعة الإسلامية - دار الفكر العربي سنة ١٩٤٧م ص ٧٤، د/ شعبان محمد إسماعيل دراسات حول الإجماع والقياس - مكتبة النهضة المصرية - الطبعة الثانية سنة ١٩٩٣ ص ١٠٧، د/ أحمد فراج حسين - أصول الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٧٩.

(٢) راجع في هذه الشروط : د/ شعبان محمود إسماعيل - دراسات حول الإجماع والقياس - مرجع سابق ص ١٠٧، د/ أحمد فراج حسين - أصول الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٧٩، د/ مصطفى التنبجيني - في تحقيقه كتاب مختصر من قواعد العلاني وكلام الإنسوي - مرجع سابق هامش ص ٢٣٨، د/ رمضان على السيد الشرنباصي - السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية - مرجع سابق ص ٨٠ وما بعدها، د/ محمد سراج - أصول الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ١٦٤.

(٣) راجع في ذلك على سبيل المثال : الآمدي - الإحكام في أصول الأحكام - مرجع سابق ج ١ ص ٢٢٨ وما بعدها، الإنسوي - التمهيد في تخريج الفروع على الأصول - مرجع سابق ص ٤٤٠ وما بعدها، ابن خطيب الدهشة - مختصر من قواعد العلاني وكلام الإنسوي - مرجع سابق ص ٢٣٨، تسيكي - الأشباه والنظائر - مرجع سابق ص ٢١٧ وما بعدها، د/ على عبد الرزاق - الإجماع في الشريعة الإسلامية - مرجع سابق ص ٧٤ وما بعدها، د/ رمضان على السيد الشرنباصي - =

وبعد، فهذا ما يتعلق بالسكوت التشريعي من حيث معناه ودلالته على الأحكام الشرعية، وبذلك يكون كلامنا عن السكوت بعد ذلك — فيما يتعلق بالتمييز بينه وبين ما يشتبه به وبين حكمه، بمعنى وصفه الشرعي وحكمه بمعنى الأثر المترتب عليه — مقصوداً به السكوت الصادر من المكلف أو المخاطب بالحكم الشرعي.

---

== السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية — مرجع سابق ص ٧٩ وما بعدها، د/ أحمد فراج حسين — أصول الفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ٨٣، الشيخ/ محمد الخضري — أصول الفقه — مرجع سابق ص ٣١٥ وما بعدها، د/ شعبان محمد إسماعيل — دراسات حول الإجماع والقياس — مرجع سابق ص ١٠٨ وما بعدها، د/ محمد سراج — أصول الفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ١٦٤، د/ محمد كمت إمام — أصول الفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ١٧٠.

## مطلب الثاني

### تجديد نطاق السكوت

تكلمنا عن أنواع السكوت، وأشرنا إلى أن الكلام عن السكوت فيما سيأتي من البحث خاص بالسكوت الصادر من المكلف. هذا النوع من السكوت مجاله التعبير عن الإرادة التي هي قوام العقود والتصرفات عامة<sup>(١)</sup>، وذلك في مجال المعاملات المالية الخاصة من بيع وإجارة وغير ذلك، وأيضاً في مجال علاقات الأسرة أو ما يعرف بالأحوال الشخصية<sup>(٢)</sup> من زواج وطلاق وحقوق أولاد وغير ذلك من أبواب الفقه

(١) ويعرف انعقد عند فقهاء الشريعة بأنه : ارتباط القبول بالإيجاب شرعاً على وجه يظهر أثره في المعقود عليه، وفي القانون بأنه : توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه. أما التصرف فهو ما يصدر عن الإنسان المميز من قول أو عمل ويرتب عليه الشارع أثراً ما. فهو يشمل العقد والائتزام. فالتصرف أعم من العقد لأنه يتناول ما كان بإرادتين وما كان بإرادة واحدة، كما يتناول ما كان منشأ لحق، أو منهيّاً له كالطلاق، أو مسقطاً للإبراء، وكذلك يتناول ما لم يكن فيه شيء من ذلك كما في الإخبار بدعوى أو إقرار بحق سابق أو إنكار له أو حلف على تعيينه وعلى هذا فكل عقد تصرف وليس العكس ومن الفقهاء من يفرق كذلك بين الاتفاق والعقد ويرون أن الاتفاق أعم من العقد على أساس أن هناك من الاتفاقات ما لا تعد عقوداً إذ يلزم لعد الاتفاق عقداً أن يقصد به إنشاء علاقة قانونية موضوعها أداء مالي أو أكثر يجب على أحد الطرفين أو كليهما قبل الآخر فإذا توافقت لإدانة على أمر آخر فإن هذا التوافق لا يعد عقداً ولا يولد حقاً أو التزاماً وهذا هو الشأن في معظم الاتفاقات الأسرية أو الاتفاقات الاجتماعية وإن كان معظم الفقهاء يستخدم الاصطلاحين على أنهما مترادفان ولا تفرقة بينهما. انظر في ذلك على سبيل المثال : د/ محمد مصطفى شلبي - نظام المعاملات في الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٢٢٦، د/ محمد يوسف موسى - الأموال ونظرية انعقد في الفقه الإسلامي - ص ٢٥٠، د/ عبد النودودي السريتي - الموجز في النظرية العامة للائتمانات - للمصادر الأحكام - الإثبات ص ١٩، د/ مصطفى الجمال - القانون المدني في توبه الإسلامي - مصادر الالتزام - مرجع سابق ص ٤٩ وما بعدها، د/ أحمد فراج حسين - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية - مرجع سابق ص ١٣٤ وما بعدها، د/ حسن علي الشاذلي - نظرية الشرط في الفقه الإسلامي والقانون - د/ الاتحاد العربي للطباعة - بنون تاريخ ص ٣٧ وما بعدها، د/ محمود عبد الرحيم النجيب التوجيه في مصادر الالتزام سنة ١٩٩٨ ص ٢٠.

(٢) تجدر الإشارة هنا إلى أن اصطلاح الأحوال الشخصية هو اصطلاح وافد لم يعرف في الفقه الإسلامي في عصوره الأولى ولم تعرفه مصر قبل دخول النظم الغربية وإنما ابتدعه الفقه الإيطالي في القرنين الثاني عشر والثالث عشر وكلمة "أحوال" تعني "قوانين" وكان يعني بالأحوال الشخصية مجموعة للقواعد والأعراف التي تنظم المسائل المتعلقة بالأشخاص وكان هذا الاصطلاح يقابل اصطلاح الأحوال العينية أي مجموعة القواعد والأعراف التي تنظم المسائل المتعلقة بالأحوال ولقد استمر هذا الاصطلاح إلى وقتنا الحاضر في معظم النظم القانونية الأجنبية والعربية ويقابله في الفقه الإسلامي أحكام الأسرة ويلاحظ أيضاً أن هذا الاصطلاح شديد الغموض حيث لا يمكن وضع تعريف منضبط ومحدد له لذلك فقد حاولت محكمة نقد المصرية تعريف الأحوال الشخصية وذلك في حكم شبيب لها بتاريخ ٢١ يونيو ١٩٣٤ فقالت أن المقصود بالأحوال الشخصية : " مجموعة ما يتميز به الإنسان من غيره من الصفات ==

الإسلامي التي تعتمد على الإرادة في تكوينها وتحديد آثارها المترتبة عليها. وهو ما يعني به من أقسام القانون الوضعي - القانون الخاص بفروعه المختلفة<sup>(١)</sup>. ليس ذلك فحسب بل قد يدور البحث عن الإرادة وكيفية التعبير عنها أيضاً في بعض فروع القانون العام، وبخاصة في القانون الدولي العام في إطار المعاهدات الدولية بوصفها أداة لتنظيم العلاقات الدولية بين الدول، وهي أيضاً من أهم مصادر القانون الدولي العام. وبقطع النظر عما قيل في تحديد طبيعة المعاهدات الدولية هل هي عقد أو صورة من صور التشريع الدولي أو تجمع بين المنهجين وعد بعضها عقوداً وبعضها تشريعاً، فإنها على أي حال تتم بالتراضي بين الدول الأطراف فيها - دولتين أو أكثر - مما يتطلب البحث عن كيفية التعبير عن الإرادة في هذه المعاهدات الدولية<sup>(٢)</sup>. وكذلك في إطار

---

== الطبيعية أو العائلية التي رتب عليها القانون أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية ككون الإنسان ذكراً أو أنثى وكونه زوجاً أو أرمل أو مطلقاً أو كونه ابناً شرعياً وكونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سنه أو جنونه أو كونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونية. انظر في ذلك : د/ عمر عبد الله أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية - دار المعارف بمصر - الطبعة الثانية سنة ١٩٥٨ ص ١٨، د/ منصور مصطفى منصور - مذكرات في القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين - دار المعارف بمصر سنة ١٩٥٧، ص ١٨٢ - ١٨٥، د/ أحمد سلامة - الوسيط في الأحوال الشخصية للمواطنين غير المسلمين - دار الفكر العربي - الطبعة الأولى سنة ١٩٦٨ م ص ٢٣ وما بعدها، د/ حسين توفيق رضا - الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين - دار النهضة العربية - سنة ١٩٦٨ م ص ١٢ وما بعدها، د/ محمد ناجي ياقوت - الأحوال الشخصية لغير المسلمين - مكتبة الجلاء الجديدة - المنصورة - الطبعة الثانية سنة ١٩٨٤ م - ص ١٠ وما بعدها، د/ وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته - دار الفكر العربي - الطبعة الثانية سنة ١٩٥٨ م - الجزء السابع - الأحوال الشخصية ص ٦، د/ عز الدين عبد الله - القانون الدولي الخاص - الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين - الهيئة المصرية العامة للكتاب - الطبعة التاسعة سنة ١٩٨٦ ص ١٧٠، د/ توفيق حسن فرج - أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين - دار الهدى للطبوعات بالإسكندرية سنة ١٩٩٥ ص ١٨ وما بعدها، د/ أحمد عبد الكريم سلامة - علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع - أصولاً ومنهجاً - مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة - الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦ م ص ٢١٢، د/ هشام صانق - الموجز في القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين - دار الفكر الجامعي سنة ١٩٩٨ ص ٢٢، د/ رمضان أبو السعود - الموجز في شرح أحكام الأحوال الشخصية - دار المطبوعات الجامعية سنة ٢٠٠٠ م ص ١١ وما بعدها.

وقد سبق أن حددها المشرع في المادتين (١٣ - ١٤) من قانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٤٩ الخاص بتنظيم القضاء.

(١) وهي القانون المدني والقانون التجاري والقانون الدولي الخاص وقانون المرافعات المدنية والتجارية والقانون البحري والجوي.

(٢) بل في قواعد القانون الدولي العام بشكل عام طبقاً للرأي الراجح الذي يقرر أن القانون الدولي العام كان وما زال في مرحلته الراهنة خاضعاً لتأثير المدرسة الإرادية وتفسيرتها حيث يرى أنصارها أن قواعد هذا القانون أوجدتها الإرادة الإنسانية وأن إرادة الدولة هي أساس قوة القانون الدولي العام. انظر في ذلك: ==

القانون الإداري بصدد البحث عن السكوت الإداري أى التزام الإدارة السكوت تجاه طلب أو مطالبة تقدم إليها. ذلك لأن أعمال الإدارة قد تكون تصرفات إيجابية وقد تكون تصرفات سلبية بأن تمتنع عن القيام بأعمال يتعين عليها تنفيذها، بحيث يعد سكوت الإدارة عن القيام بذلك تصرفاً سلبياً غير مشروع<sup>(١)</sup>.

---

==د/مفيد محمود شهاب - الآثار القانونية للسكوت فى القانون الدولى العام - منشور بالمجلة المصرية للقانون الدولى مجلد ٢٩ سنة ١٩٧٢ م ص ٢٣، والمعاهدة الدولية هى اتفاق دولى يبرم بين دول فى صياغة مكتوبة يحكمها القانون الدولى سواء احتوته وثيقة واحدة أم أكثر وأيا كان مسماء. انظر فى تعريف المعاهدات وطبيعتها على سبيل المثال : د/ محمد طلعت الغنيمي - قانون السلام فى الإسلام منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٨٩ م ص ٤٥٨ - ٤٦٨، د/ حامد سلطان - أحكام القانون الدولى فى الشريعة الإسلامية - دار النهضة العربية سنة ١٩٧٠ ص ٢٣-٢٤، مستشار/ على على منصور الشريعة الإسلامية والقانون الدولى العلم - المجلس الأعلى للشئون الإسلامية - الكتاب الأول سنة ١٩٦٥ ص ٨٢، د/ أبو السعود محمد عبد اللطيف - انقضاء المعاهدات الدولية فى قانون السلام المعاصر وقانون السلام الإسلامى - رسالة قدمت إلى كلية الحقوق جامعة الإسكندرية سنة ١٩٨٩ م ص ١-١٠.

(١) د/ محسن خليل - مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإدارى - مطبعة التونى بالإسكندرية سنة ١٩٩٣ ص ٧٤/د محمد جمال عثمان جبريل - السكوت فى القانون الإدارى فى التصرفات الإدارية الفردية دار النهضة العربية سنة ١٩٩٦ ص ٣، والقانون الإدارى الذى هو فرع من فروع القانون العام الداخلى هو مجموعة للقواعد التى تبين كيفية أداء السلطة التنفيذية لوظائفها أو مجموعة القواعد التى تحكم لإدارة من حيث تنظيمها ونشاطها ووسائلها وعلاقتها بالأفراد بوصفها سلطة عامة، د/ فؤاد محمد النادى أساسيات القانون الإدارى - نشر مكتبة الجامعة بدمهور - بدون تاريخ ص ١١، د/ محمد على عمران - مبادئ العلوم القانونية - مرجع سابق ص ٦٤، د/ محمد باهى أبو يونس - أحكام القانون الإدارى - القسم العام - دار الجامعة الجديدة سنة ١٩٩٦ م ص ١٠، د/ عصام أنور سليم - أسس الثقافة القانونية للتجريين - مرجع سابق ص ٤٧.

# الفصل الثاني

التمييز بين السكوت وما يشته به



## الفصل الثاني

### التمييز بين السكوت وما يشتبه به

تمهيد وتقسيم:

من المعلوم أن الإرادة أساس العقود والتصرفات ، وهي مثل سائر أعمال النفس<sup>(١)</sup> أمر كامن لا يعتد بها إلا إذا أعلن عنها وأبانها صاحبها<sup>(٢)</sup>.

أى لابد من التعبير عنها حين ينعقد العزم بها على شئ معين، ويتم ذلك من خلال ما يسمى بوسائل التعبير عن الإرادة، وهي تلك المظاهر الخارجية التي تنقل إرادة الشخص من باطنه إلى غيره من الأشخاص<sup>(٣)</sup>.

(١) يرى علماء النفس في تحليلهم للإرادة كظاهرة نفسية أنها تمر بمراحل أربع : الأولى منها هي مرحلة التصور، وفيها يستحضر الشخص العمل الذي يراد إتمامه، والثانية : مرحلة التكبر، وفيها يوازن الشخص بين شتى الاحتمالات والنتائج. والثالثة : هي مرحلة التصميم، وفيها يبيت الشخص قى الأمر وهذه المرحلة هي جوهر الإرادة أو هي الإرادة نفسها، والرابعة : مرحلة التنفيذ التي ينقل فيها الشخص إرادته من كامن نفسه إلى للعالم الخارجي فيفصح عن إرادة معينة، تتجه إلى إحداث أثر قلوني معين والإرادة كما يظهر من هذا التحليل تستدعي نشاطاً ذهنياً معيناً ولذا يشترط فيمن تصدر عنه أن يكون متمتعاً بنصيب معين من القوى الذهنية . انظر في ذلك : د/ أنور سلطان - الموجز في مصادر الالتزام منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٧٠ ص ٥٧.

(٢) انظر : الزنجاني - تخريج القروع على الأصول - تحقيق د/ محمد أديب صالح ، مؤسسة الرسالة الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٩ م ص ١٤٣ ، القانوني البخاري - الروضة الندية - شرح التحرر البهية دار التراث بالقاهرة - بدون تاريخ ج ٢ ، ص ٩٣ ، الشيخ علي الخفيف - أحكام المعاملات الشرعية - دار الفكر العربي ص ١٨٧ ، د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام دار إحياء التراث العربي بيروت سنة ١٩٥٢م ص ١٧٤ الشيخ/ محمد أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية - دار الفكر العربي سنة ١٩٧٦م ص ٢٣٤ ، د/ عبد المنعم البدرلوي - النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، الجزء الأول - مصادر الالتزام - مكتبة سيد وهبة سنة ١٩٧٧ ص ١٧٢ ، د/ محمد سلام منكور - الوجيز للمخل للفقهاء الإسلامي - دار النهضة العربية سنة ١٩٧٨ ص ١٦٨ ، د/ عبد الرزاق حسن فرج دور السكوت في التصرفات القانونية - دراسة مقارنة - مرجع سابق ص ١٦ ، د/ محمد يومف موسى - الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي - دار الفكر العربي سنة ١٩٨٧م ص ٢٦٤ ، د/ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، مرجع سابق - ص ١٥١ ، د/ عبد القادر محمد قحطان - السكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التصرفات - مرجع سابق - ص ٨.

(٣) وسيلة التعبير عن الإرادة هي : ذلك الإجراء الذي يتجه به الشخص إلى إخطار الغير بالقرار الذي اتخذه، انظر : د/ وحيد الدين سوار - التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٣٧ د/ محسن البيه - مشكلتان متعلقتان بالقبول السكوت والإذعان - مرجع سابق ص ١١١ ، د/ جلال العدوي - أصول الالتزامات - مصادر الالتزام - منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٩٧م ص ٨٩ د/مصطفى الجمال القانون المدني في ثوبه الإسلامي - مصادر الالتزام - مرجع سابق ص ٣٧ ، ص ٣٩.

هذا التعبير يتم بوسائل عدة ، يأتي في مقدمتها العبارة ، أى اللفظ، ثم ما ينوب عنه من كتابة، أو إشارة ، وهنا يكون التعبير صريحاً، كما يمكن أن يتم التعبير عنها بطريق الدلالة الفعلية من خلال ما يعرف بالمعاطاة، وما يعرف بالتعبير دلالة أو التعبير " الضمني " ، كما قد يتم بطريق السكوت استثناء وفي حالة التعبير عن الإرادة بطريق غير العبارة فإنه يمكن أن يثور اللبس بين تلك الوسيلة – بوصفها غير مصحوبة بلفظ – وبين التعبير بالسكوت.

ومن هنا فإننا نحاول من خلال هذا الفصل أن نميز بين التعبير بهذه الوسائل غير اللفظية والتعبير بالسكوت، وذلك بعرض هذه الوسائل والتعرف عليها أولاً، ثم بيان أوجه الشبه والخلاف بينها وبين حالة التعبير عن الإرادة بالسكوت.

وبناء على ما سبق نقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية:

**المبحث الأول : السكوت والتعبير الصريح.**

**المبحث الثاني : السكوت والمعاطاة.**

**المبحث الثالث: السكوت والتعبير بالدلالة.**

**تعقيب : السكوت والإذعان .**

## المبحث الأول

### السكوت والتعبير الصريح عن الإرادة

الأصل أن يتم التعبير عن الإرادة بطريق صريح، أى بوسيلة تدل بذاتها على الإرادة دلالة مباشرة، من غير حاجة إلى إعمال الفكر فى الاستنتاج وذلك إذا تم التعبير بالعبارة أى "اللفظ" أو ما يقوم مقامه من الكتابة والإشارة.

وعلى ذلك سنقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية :

المطلب الأول : التعبير باللفظ .

المطلب الثانى : التعبير بالكتابة .

المطلب الثالث : التعبير بالإشارة.

المطلب الرابع: أوجه الشبه والخلاف بين السكوت والتعبير بغير اللفظ.

## المطلب الأول

### التعبير عن الإرادة بطريق اللفظ

لا نزاع بين العلماء فى أن الأصل فى التعبير عن الإرادة هو اللفظ أى الكلام فهو السبيل الأول للتعبير عن الإرادة<sup>(١)</sup>.

وفى هذا يقول الإمام ابن القيم تحت عنوان : الألفاظ موضوعة للدلالة على ما فى النفس " إن الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفا ودلالة على ما فى نفوسهم . فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئا عرفه بمراده وما فى نفسه بلفظه ورتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ، ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما فى النفوس من غير دلالة فعل أو قول، ولا على مجرد ألفاظ مع العلم بأن المتكلم بها لم يرد معانيها ولم يحط بها علما، فإذا اجتمع القصد والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم هذه قاعدة الشريعة " <sup>(٢)</sup>.

فالأصل فى التعبير عن الإرادة والإفصاح عنها هو التعبير بالألفاظ والعبارات ذلك لأنها وسيلة سهلة خفيفة المؤنة فلا تبتغى عملا ولا زمنا شاملة النفع، إذ يمكن التعبير بها عن المحس والمعقول، ومن هنا كان من إحسان الله تعالى الإرشاد إلى اللغات <sup>(٣)</sup>.

---

(١) انظر فى ذلك على سبيل المثال : ابن تيمية - للقواعد النورانية - دار المعرفة بيروت سنة ١٩٧٩ ص ١٠٤، للشيخ على الخفيف - أحكام المعاملات الشرعية - مرجع سابق ص ١٨٧، د/ محمد مصطفى شلبي - نظم للمعاملات فى الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ٢٥٢، للشيخ/ محمد أبو زهرة الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية - مرجع سابق ص ٢٣٦، د/ محمد سلام مذكور - الوجيز للمدخل للفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ١٦٨، د/ أحمد أبو الفتح - كتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية والتوفيق المصرية - مطبعة النهضة بمصر - الطبعة الثغنية سنة ١٩٢٢م ص ٢٣٠ د/ عبد الرزاق حسن فرج - دور السكوت فى التصرفات القانونية - مرجع سابق ص ٢٣ د/ مصطفى أحمد الزرقا - الفقه الإسلامى فى نوبه الجديد - مرجع سابق - ج ١ ص ٣٢٦، د/ عبد الناصر العطار - نظرية الالتزام فى الشريعة الإسلامية وللقانون الوضعى للكتاب الأول - مصادر الالتزام مطبعة السعادة بدون تاريخ ص ٣٥، د/ عبد المنعم فرج الصدة - نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية وللقانون الوضعى - مرجع سابق ص ١٥٤، د/ أحمد فراج حسين - الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية - مرجع سابق ص ١٤٦، د/ رمضان على السيد الشرنبلصى - للمدخل لدراسة فقه الإسلامى - مطبعة الأملة - القاهرة - الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٥هـ ص ٢٥٥، د/ محمد كمال إمام - مقدمة لدراسة الفقه الإسلامى - منحل منهجى - المؤسسة الجامعية - بدون تاريخ - ص ٣٦٣ د/ مصطفى الجمال - القانون المدنى فى نوبه الإسلامى - مصادر الالتزام - مرجع سابق ص ٦٤.

(٢) انظر : الإمام ابن القيم - إعلام الموقعين عن رب العالمين - مطبوعات مكتبة ومطبعة الحاج عبد السلام بن شقرون سنة ١٩٦٨ ج ٣ ص ١٠٥.

(٣) انظر د/ أحمد إبراهيم بك - كتاب المعاملات مطبعة النصر سنة ١٩٣٦م ص ٩٦ د/ أحمد فهمى أبو سنة==

لذلك ، ينعقد باللفظ كل عقد أيا كان نوعه متى كان العاقد قادرا عليه وبأى لغة عربية أم أجنبية - يفهمها المتعاقدان بحيث تدل على المراد من إنشاء عقد أو التزام ولا يشترط في ذلك لفظ معين ولا تركيب خاص؛ لأن المقصود الإفصاح عما في النفس من إنشاء العقد بكلام مفهوم واضح الدلالة على المراد<sup>(١)</sup>.

ويستثنى من ذلك عقد الزواج، حيث يشترط بعض الفقهاء وهم الشافعية والحنابلة والظاهرية والإمامية أن تكون الألفاظ المستخدمة في هذا العقد - الزواج - من مادة النكاح والزواج؛ لأنهما اللفظان اللذان ورد بهما في القرآن الكريم ، وذلك في قوله تعالى "زوجنكما"<sup>(٢)</sup>. وقوله تعالى "ولا تتكحوا ما تكح أبواكم من النساء" <sup>(٣)</sup>. ولأن الزواج ليس كغيره من العقود فهو عقد جليل القدر خطير الشأن، وفيه معنى العبادة لله تعالى، وقد اشترط الشارع الشهادة فيه، ولا يستطيع الشاهد ذلك إلا إذا كان العقد بالألفاظ صريحة واضحة في الزواج، فيقتصر التعبير عنه بما ورد في لسان الشرع<sup>(٤)</sup>.

ومذهب الحنفية في ذلك أن النكاح ينعقد بلفظ الإنكاح والتزويج ، البيع والهبة والصدقة والتملك. فينعقد النكاح صحيحا بشكل لفظ يدل على تملك العين في الحال بشرط توافر النية على إرادة الزواج بالألفاظ التي تحتل الزواج وتحتل غيره، كما يشترط فهم الشهود للإرادة. وهذا يقترب من مذهب المالكية الذين يرون أن الأصل في النكاح أن يعقد بلفظي النكاح والزواج وما أخذ منهما، كما ينعقد بغيره من الألفاظ كالبيع والهبة والتملك إذا ذكر معها ما يدل على أنه أريد بها الزواج.

وعلى ذلك، ينعقد النكاح اتفاقا إذا وقع بلفظ الإنكاح والتزويج، وبغيره عند الحنفية مطلقا، ويشترط عند المالكية، ولا ينعقد بغيره عند الشافعية والحنابلة والظاهرية.

---

== العرف والمادة في رأى الفقهاء - مطبعة الأزهر سنة ١٩٤٧ ص ١٤ ، د/ وحيد الدين سولر - التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ٢٧٥.

(١) انظر : الشيخ / على الخفيف - أحكام المعاملات الشرعية - مرجع سابق - ص ١٨٧، د/ محمد مصطفى شلي - نظام المعاملات في الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٢٥٢.

(٢) سورة الأحزاب، آية [٣٧] .

(٣) سورة النساء ، آية [٢٢].

(٤) وفي ذلك : يقول الإمام لعز بن عبد السلام : " لا يتعين للعقد لفظ إلا النكاح فإنه يتعين له لفظ التزويج أو النكاح ، لأن جميع الألفاظ لا تستقل بالدلالة على مقاصد النكاح " عز الدين بن عبد السلام - قواعد الأحكام في مصالح الأئمة - مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٩٦٨م ج٢ ص ٩١ ، ابن قدامة المقدسي الشرح الكبير - مرجع سابق - ج٧ ص ٤٩٤ ، ابن حزم - المحلى - مرجع سابق - ج٨ ص ٤٦٤ ، الحلبي - شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام - مطبعة الآداب في النجف الأشرف الطبعة الأولى سنة ١٩٦٩ م ج ٢ ص ٢٧٣.

والراجح لدى الفقهاء هو مذهب الحنفية وهو أن الزواج كغيره من العقود ينعقد بكل لفظ يدل على تملك العين في الحال كالتملك والبيع والصدقة والهبة إذا وجدت قرينة دالة على أن المراد بها الزواج وفهمها الشهود<sup>(١)</sup>.

وخلاصة ذلك — كما ذكر الإمام القرافي — أن الفقهاء متفقون على اشتراط الصيغ في النكاح.. حتى لا يعلم أنه وجد لأحد منهم قول بالمعاطاة فيه وإنما اختلفوا هل ينعقد بغير لفظ التزويج والنكاح أو لا ينعقد إلا بخصوص لفظهما<sup>(٢)</sup>.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن اللفظ الذي يعبر صراحة عن الإرادة إنما هو اللفظ الصريح. وهو اللفظ الذي ظهر المراد منه ظهوراً تاماً لسبب كثرة الاستعمال، أو هو اللفظ الموضوع لمعنى لا يفهم منه غيره عند الإطلاق، أو هو الذي يستقل بنفسه في إثبات حكمه تحديداً. ولذلك فحكمه أنه يثبت مقتضاه أى موجهه بمجرد النطق باللفظ أى بعين الكلام دون التوقف على إرادة المتكلم أو عدم إرادته — كاستعمال لفظ البيع والشراء في عقد البيع، ولفظ الزواج والنكاح في عقد الزواج.. وهكذا فالألفاظ الصريحة تستقل بنفسها دون توقف على شئ آخر<sup>(٣)</sup>.

(١) راجع فيما سبق — للسوقي — حاشية للسوقي — مرجع سابق — ج ٢ ص ٢٢١ ، الكاساني — بدائع التصانيع — مرجع سابق — ج ٢ ص ٣٤٤ ، ابن قدامة المقدسي — الشرح الكبير — مرجع سابق — ج ٧ ص ٤٢٦ ، البهوتي — الروض المربع — مرجع سابق — ج ٢ ص ٣٠٠ ، ابن رشد — بداية التمهيد ونهاية المقتصد — دار إحياء التراث العربي — بيروت — الطبعة الأولى سنة ١٩٩٢م ج ٢ ص ٥ ، الدردير — الشرح الصغير — مرجع سابق — ج ٢ ص ٧٨ ، ابن حزم — المحلى — منشورات المكتبة التجارية للطباعة والنشر والتوزيع — بيروت — بدون تاريخ — ج ٨ ص ٤٦٤ ، الزنجاني — تخریج الفروع على الأصول — مرجع سابق — ص ١٩٤ ، د/ محمد مصطفى شلبي — نظام للمعاملات في الفقه الإسلامي — مرجع سابق — ص ٢٥٣ ، للشيخ / على اللخيف — أحكام للمعاملات الشرعية مرجع سابق — ص ١٨٨ ، د/ محمد يوسف موسى — الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي — مرجع سابق — ص ٢٦٥ ، د/ عبد الرزاق حمن فرج — دور السكوت في التصرفات للقانونية — مرجع سابق ص ٢٣ ، د/ عبد المنعم فرج للصدّة — نظرية للعقد في الشريعة الإسلامية وللقانون الوضعي — مرجع سابق — ص ١٥٥ ، د/ أحمد فراج حسين — للملكية نظرية للعقد في الشريعة الإسلامية — مرجع سابق ص ١٤٨ ، د/ محمد سراج — نظرية للعقد في الفقه الإسلامي — مرجع سابق — ص ٣٧ — ٣٨.

(٢) انظر : الإمام القرافي — الفروق — عالم الكتب — بيروت — طبعة جديدة — بدون تاريخ ج ٣ ص ١٨٠.  
(٣) انظر في ذلك : عبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري — فوائح الرمحوت بشرح مسلم للثبوت مرجع سابق — ج ٢ ص ٢٢٦ ، الإمام الغزالي — إحياء علوم الدين — مرجع سابق ج ٣ ص ٨٨ ، ابن القيم — إغائة للبهان مرجع سابق — ج ٢ ص ٩٣ ، السبكي — الأنشاه والنظائر — مرجع سابق ج ١ ص ٨١ ، محمد عبد الرحمن المحلاوي — تسهيل للوصول إلى علم الأصول مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر سنة ١٣٤١هـ ص ٩٩ ، د/ عبد الكريم زيدان الوجيز في أصول الفقه — مرجع سابق — ص ٣٣٦ ، د/ أحمد فراج حسين — أصول الفقه الإسلامي — مرجع سابق — ص ٢٦٩ د/مضان على السيد الشرنباصي — أصول الفقه الإسلامي ص ١٨٩.

أما غير الصريح<sup>(١)</sup> من الألفاظ فلا يعد من قبيل التعبير الصريح عن الإرادة، بل لابد من نية أو دلالة حال، لذلك جاء في مواهب الجليل " وأما الألفاظ المحتملة فلا يلزم التبع بها بمجرد ما ينزل بها عرف أو عادة أو ما يدل على البيع " <sup>(٢)</sup>، يعني أنه

(١) يقابل الصريح - للكنائي - والكنائي لغة : أن تتكلم بشئ وتريد به غيره وفي الاصطلاح : تنظ استتر المعنى المراد منه ، ولا يفهم إلا بقرينة أو نية أو دلالة حال، والكناية على ضربين كناية غالبة ، وكناية غير غالبة. فالغالبية كل ما أشعر بثبوت المعنى في وضع اللغة والشرع كقوله إلحقي بأهلك واعتدي ويريد الطلاق ، أما غير الغالبة فهو كل ما لا يشعر بثبوت المعنى في وضع اللغة والشرع كقول الزوج ناويلني الثوب ، ويقول أردت بذلك الطلاق - انظر المراجع السابقة في ذات المواضيع أتمشأ إليها . كما يقابل الصريح أيضا التعريض، وهو ضد التصريح ، وهو إفهام المعنى بالشئ المحتمل ولغيره أو التلويح وإيهام المقصود بما لم يوضع له حقيقة ولا مجازا ، كقول السائل جئتكم لأسلم عليكم . والفرق بين التعريض والكناية، أن الكناية تدل على شئ ينكر لوازمه وروافده كقولك : طویل النجاد للظون ، وكثير الرماد للمضاياف .

أنظر : التيضوي - أنوار التزليل وأسرار التأويل - مرجع سابق - ج ١ ص ٩٢ للقرطبي الجامع لأحكام القرآن - مرجع سابق - المجلد الثاني ج ٣ ص ١٧٢ ، ابن كثير - تفسیر القرآن العظيم - مرجع سابق - ج ١ ص ٢٨٦ ، الزرقاني على موطأ الإمام مالك - مرجع سبق ج ٣ ص ١٢٦ ، ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق - ج ١٢ ص ٢٠٨ ، د/ محمد علي نصاوي صفة التفسير - مرجع سابق - ج ١ ص ١٣٤ ، ولسيادته أيضا تفسير آيات الأحكام - مرجع سبق ج ١ ص ٣٧٤ .

هذا يستعمل التعريض في الخطبة بالنسبة للمرأة المعتدة من وفاة أو طلاق بائن، ومنه أن يقول الرجل للمرأة : إني أريد أن أتزوج، إنك لجميلة ، أو عزمت على الزواج، أو ما شاكل ذلك من الألفاظ غير الصريحة في خطبة المرأة ، أي طلبها للزواج. أنظر في تفصيل ذلك : د/ عمر عبد الله - أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية - دار المعارف - الطبعة الثانية سنة ١٩٥٨ ص ٣٢ د/دبران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية - ج ١ دار النهضة العربية - بيروت سنة ١٩٦٧ ص ٩ وما بعدها، د/ أحمد الحصري - النكاح والقضايا المتعلقة به - مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٩٦٧ ص ٣٠ وما بعدها، د/ علي حسب الله - الزواج في الشريعة الإسلامية - دار الفكر العربي - الطبعة الأولى سنة ١٩٧١م ص ٢٣، د/ أحمد إبراهيم بك ، مستشار وأصل علاء الدين أحمد إبراهيم - أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية سنة ١٩٩٤م ص ٥٣ وما بعدها، د/ عبد الفتاح محمد أبو العنين - الإسلام والأسرة - مكتبة العالمية بالمنصورة - بدون تاريخ ص ٩٩، د/ رمضان علي السيد الشرنباوي - أحكام عقد الزواج في الإسلام - مكتبة نجلاء الجديدة بالمنصورة ص ٢٨ وما بعدها ، د/ مصطفى سعيد الخن - اثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء ص ٥٧٠. كما يستعمل التعريض في اللقن ، وهو لغة : الرمي. وشرعا : هو نسبة أمي مكلف غيره حرا عفيفا مسلما بالغا عاقلا ، أو مطبقا للزنى أو قطع نسب مسلم " وهو من الكبائر " . انظر في ذلك : ابن فرحون - تبصرة الحكام - مرجع سبق - ج ٣ ص ٢٦٢ ، للموردي - الأحكام السلطانية - دار الكتب العلمية - بيروت - بدون تاريخ ص ٢٨٦، د/ محمد أبو زهرة - الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي - العقوبة - دار الفكر العربي - بدون تاريخ ص ١١٢، د/ عبد العزيز عامر - التعزيز في الشريعة الإسلامية - دار الفكر العربي - بدون تاريخ سنة ١٩٦٩م ص ١٧٩ وما بعدها. (٢) الخطاب - مواهب الجليل - مرجع سابق - ج ٤ ص ٢٣٠ ، ابن حجر الهيتمي - حواشي الشرواني والعبادي - دار إحياء - بدون تاريخ ج ٤ ص ٢١٩ ، د/ عبد الناصر العطار - نظرية الالتزام في الشريعة واقتنون الوضعي - مرجع سابق - ص ٣٥ .

لا بد في الكنايات من مرجح للمعني المراد منها<sup>(١)</sup>.

---

(١) د/مصطفى الزرقا - الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد - مرجع سابق - ج ١ - المدخل الفقهي العام  
ص ٣٢٠.



## المطلب الثاني

### التعبير عن الإرادة بالكتابة

أجاز الفقهاء التعبير عن الإرادة بالكتابة وأقاموها مقام اللفظ فى الدلالة على الرضا. فإذا كان التعاقد بين غائبين فإنه يجوز لهما التعاقد بالكتابة مطلقاً، فى عقود المعاوضات المالية، وفى عقد الزواج كذلك؛ لأن خطاب الغائب كتابة . فالكتاب من الغائب كالنطق من الحاضر، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يبلغ تلوة بالكتاب وتارة بالخطاب<sup>(١)</sup>. ولكن يشترط للانعقاد على هذا النحو أن يقبل القابل بمجرد وصول الإيجاب له وفهمه ما فيه.

فإذا كتب شخص لآخر كتاباً يقول له فيه بعثك كذا بكذا فوصل الكتاب إلى المرسل إليه، فقال فى مجلس بلوغ الكتاب أو الرسالة قبلت تم البيع.. وفى الزواج.. إذا أبلغها الكتاب وقرأته أمام الشاهدين ولم تزوج نفسها منه فى المجلس الذى قرأت فيه لا ينعقد العقد<sup>(٢)</sup>.

وعلى هذا يصح التعاقد بالكتابة بين الغائبين بشرط أن يقبل المكتوب إليه بمجرد إطلاعه على الكتاب<sup>(٣)</sup>.

أما إذا كان التعاقد بين حاضرين فأجازه المالكية والحنفية والشافعية فى وجهه<sup>(٤)</sup> والشيعة الزيدية فى وجهه. عدا عقد الزواج فإنه لا يجوز بالكتابة بين حاضرين؛ لأن عقد الزواج يشترط فيه سماع الشهود كلام المتعاقدين فى وقت واحد، أما فى غير هذه الحالة فلا يجوز عقد الزواج بالكتابة بين الحاضرين<sup>(٥)</sup>.

---

(١) أنظر : للبايرتي - شرح العناية على الهداية - مع شرح فتح القدير - للمطبعة الكبرى الأميرية سنة ١٣١٦هـ - ج ٥ ص ٧٩، للكلساني بدائع الصنائع - مرجع سابق - ج ٥ ص ٢٠٦.

(٢) ابن عابدين حاشية رد المحتار على الدر المختار - شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر - الطبعة الثانية سنة ١٩٦٦م ج ٤ ص ٥١٢.

(٣) النووي - للمجموع شرح المهذب - مكتبة الإرشاد جدة - السعودية سنة ١٩٧٤ ج ٩ ص ١٧٧.

(٤) جاء فى الأئمة والنظائر للسيوطي " وحيث جوزنا انعقاد البيع ونحوه بالكتابة فذلك فى حال الغيبة . فلما عند الحضور : فخلاص مرتب ، والأصح الانعقاد " . السيوطي - الأئمة والنظائر - دار إحياء الكتب المصرية - بدون تاريخ ص ٣٣٤ . وجاء فى المجموع " ..... وفى صحته بالكتابة وجهان أحدهما الصحة " . النووي المجموع مرجع سابق ج ٩ ص ١٥٠.

(٥) دكتور محمد مصطفى شلبي - نظام المعاملات فى الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ٢٥٥، الشيخ على الخفيف - أحكام المعاملات الشرعية - مرجع سبق ص ١٩٢ ، د/ محمد سلام منكور - ==

## فباستثناء عقد الزواج يجوز التعاقد بين الحاضرين بالكتابة<sup>(١)</sup>.

وخالف في ذلك الشيعة الإمامية، فلا يجيزون التعاقد بالكتابة مطلقا ورد في ذلك :  
" لا عبرة عندنا معشر الإمامية ، ولا نعتقد العقود والمعاملات إلا بالآلفاظ أو بإشارة  
الأخرس" <sup>(٢)</sup>. كما منعه الأباضية إلى ضرورة من خرس أو منع من الكلام. ولا  
يجوز بإشارة أو كتابة ممن ليس أخرس ولا ممنوعا من كلام على المشهور <sup>(٣)</sup>.

والراجع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز التعاقد بالكتابة بين حاضرين أو  
غائبين أو بين اثنين أحدهما حاضر والآخر غائب. لأن الكتابة تنبئ عن المقصود  
فتكون حجة كالنطق، كما أن ذلك يتفق مع مقتضيات العصر وعرف الناس. ولا يشترط  
لجواز ذلك عجز المتعاقدين عن النطق، بل يصح العقد وإن كانا قادرين على النطق.  
وهذا - بحق - يتفق مع مقتضيات العصر ، وظروف التعاملات الحديثة<sup>(٤)</sup>. حيث تلعب

---

=الوجيز للمدخل للفقهاء الإسلامي - مرجع سابق ص ١٧٠، د/ عبد الحميد محمود البيهلي - ضوابط  
العقود - مرجع سابق ص ٩٧، د/ احمد فراج حسين - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية -  
مرجع سابق ص ١٥٢، د/ رمضان على السيد الشرنباصي - المنخل لدراسة الفقه الإسلامي - مرجع  
سابق ص ٢٦٠، د/ عبد الحليم القوني - حسن النية وأثره في التصرفات - مرجع سابق - ص ٣٤١.

(١) فطر في ذلك : ابن الهمام - شرح فتح القدير - مرجع سبق - ج ٥ ، ص ٧٩ ، ابن عابدين -  
حاشية رد المحتار على الدر المختار - مرجع سابق ج ٤ ، ص ٥١٢ ، الفتاوى الهندية المكتبة الإسلامية  
تركيا - المطبعة الأميرية الطبعة الثانية سنة ١٣١٠ هـ - ج ٣ ص ٩ ، الحطاب - مواهب الجليل  
لشرح مختصر خليل - مرجع سابق ج ٤ ، ص ٢٢٨ ، المواق - التاج والإكليل - مكتبة النجاح ليبيا  
- بدون تاريخ - مطبوع مع مواهب الجليل - ج ٤ ، ص ٢٢٨ ، الخرشى - شرح الخرشى - المطبعة  
العامة الشرقية مصر - الطبعة الأولى سنة ١٣١٦ هـ - ج ٣ ص ٣٦١ ، الدسوقي - حاشية الدسوقي  
- مرجع سابق ج ٣ ص ٣ ، أحمد بن يحيى المرتضى البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار -  
مؤسسة الرسالة - بيروت - الطبعة الأولى سنة ١٩٤٧ م - ج ٤ ، ص ٢٩٨ ، القانوني البخاري -  
الروضة الندية شرح الدرر البهية - مرجع سابق ج ٢ ص ٣ ، العنسي - التاج المذهب لأحكام المذهب  
- مكتبة اليمنى الكبرى - بدون تاريخ ج ٢ ص ٣١٦ ، النوى - المجموع شرح المذهب - مرجع  
سابق ج ٩ ص ١٧٧.

(٢) الحلبي - شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام - مطبعة الآداب في النجف الأشرف - الطبعة  
الأولى سنة ١٩٦٩ م - ج ٢ ص ١٣ ، محمد الحسيني آل كاشف الغطاء - تحرير المحلية - مكتبة النجاح  
ومكتبة طهران سنة ١٣٥٩ هـ - المحلية الأولى ص ٤٦.

(٣) أطفيس شرح كتاب النيل وشفاء العليل - مكتبة الإرشاد - جدة - الطبعة الثالثة - سنة ١٩٨٥ ج ٨  
ص ٢٠٤.

(٤) دكتور محمد مصطفى شلبي - نظام المعاملات في الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٢٥٦ ، دكتور  
أحمد فراج حسين - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية - مرجع سابق ص ١٥٠ ، دكتور  
رمضان على السيد الشرنباصي - المنخل لدراسة الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ٣٧١.

لكتابة لأز دور كبيراً في مجال التعبير عن الإرادة في صورها المتعددة، فهي تعد الوسيلة الأساسية للإدارات - حكومية أو غير حكومية - في التعبير عن إرادتها إزاء أمر من الأمور، كالإعلان عن وظيفة أو مناقصة أو بيعاً بالمزاد وهكذا.

والكتابة التي يمكن بواسطتها التعبير عن الإرادة - على نحو ما ذكرنا - هي الكتابة المستبينة المرسومة الموجهة إلى شخص معين، وبموضوع محدد. ومعنى ذلك أن تكون واضحة مفهومة، مكتوبة بالطريقة المعتادة بين الناس في زمانهم وتقاليدهم وبقية ثابتة بأن تبقى بعد الانتهاء منها.

فالكتابة المستبينة هي ما لها بقاء بعد الفراغ منها ويستطاع قراءتها كالكتابة على الورق أو على اللوح. ومرسومة أي معنونة تأخذ شكل الرسالة والخطاب. وقد قيل إن القلم أحد اللسانين، والكتابة ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا. وعليه فكل كتاب يحرر على الوجه المتعارف عليه بين الناس يكون حجة على صاحبه كالنطق باللسان<sup>(١)</sup>.

جاء في البدائع: "وأما ما يقوم مقام اللفظ في الدلالة على العنق فالكتابة المستبينة لأنها في الدلالة على المراد بمنزلة اللفظ"<sup>(٢)</sup>.

وفي البدائع أيضاً: "وكذا التكلم بالظهار ليس بشرط حتى يصير مظاهراً للكتابة المستبينة والإشارة المعلومة من الأخرس"<sup>(٣)</sup>.

وجاء في حاشية الدسوقي: "وينعقد البيع بما يدل على الرضا من قول أو كتابة

---

(١) دكتور وحيد الدين سوار - للتعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص: ٢٠٦، دكتور عبد الحميد محمود البعلي - ضوابط العقود - مرجع سابق ص ٩٧، د/ رمضان علي السيد الشرنباصي - المدخل لدراسة الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٣٦٠، د/ عبد العزيز عزلم - قواعد الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٢٨٤.

وتنقسم للكتابة إلى ثلاثة أنواع [أ] مستبينة مرسومة وهي أن يكون الكتاب فيها مما يقرأ خطه، ويكون وفقاً لعادات الناس ورسومهم، ومعنونا... ويعد للكتاب مرسوماً بالختم والتوقيع على حد سواء. [ب] مستبينة غير مرسومة وهي المكتوبة على غير ما هو متعارف بين الناس كأن يكون مكتوباً على حائط أو ورق شجر أو بلاطة مثلاً، وهذه لغو ولا تعتبر حجة إلا أن نوى أو أشهد على نفسه حيث للكتابة [ج] غير المستبينة هي ما ليس لها بقاء بعد الفراغ من كتابتها كالكتابة على الماء وفي الهواء، وحكمها لغو كالكلام غير المسموع. أنظر في ذلك: علي حيدر - درر الأحكام شرح مجلة الأحكام - تعريف المحامي فهمي تحسني - مكتبة النهضة - بيروت الطبعة الأولى سنة ١٩٩١م. للكتاب الأول ص ٦١/د/ محمد حسني عبد الحكيم - الإجمالي والبيان وأثرهما في اختلاف الفقهاء سنة ١٩٨٣م ص ٥٣.

(٢) الكاساني - بدائع الصنائع - مرجع سابق - ج ٤ ص ٧٩.

(٣) الكاساني - بدائع الصنائع - مرجع سابق - ج ٣ ص ٣٣٧.

أو إشارة منهما أو من أحدهما" (١).

وغير ذلك من النصوص التي تبين أن الفقهاء يعتمدون على الكتابة الواضحة المفهومة في التعبير عن الإرادة ويجعلونها بمثابة القول في هذا المقام ويعنون " الكتاب كالخطاب" (٢) في إفادة الإرادة ومعرفة وجهتها الحقيقية تجاه التصرفات ، والعقود الإرادية.

وعلى ذلك جاء في المادة [٦٩] من مجلة الأحكام العدلية (٣) أن : " الكتاب كالخطاب" أي أنه كما يجوز لاثنتين أن يعقد بينهما مشافهة عقد بيع أو إجارة أو كفالة

---

(١) النسوقي - حاشية النسوقي - مرجع سابق ج٣ - ص ٣.

(٢) قبايرتي - شرح العناية على الهدية - مرجع سابق ج٥ - ص ٧٩ ، ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار - مرجع سابق ج٤ - ص ٥١٢.

(٣) مجلة الأحكام العدلية تعتبر أولى المحاولات الرسمية لتقنين أحكام الفقه الإسلامي ، بجمع أحكام المسائل في باب على هيئة مواد مرقمة ، يقتصر في المسئلة على حكم مختار من الآراء المختلفة التي قالها الفقهاء فيها، وذلك ليسهل الأمر على القضاة في معرفة الحكم المختار - وتطبيقه وحده على الناس دون الآراء المخالفة للرأى المختار - وذلك على غرار المدونات القانونية الأوروبية الحديثة التي ظهرت في القرن التاسع عشر. فكانت المجلة محاولة لوضع مجموعة قانونية متكاملة في المعاملات المدنية تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية، قامت بها دولة الخلافة العثمانية ، حيث عينه لجنة اسمها " جمعية المجلة" مؤلفة من كبار العلماء برئاسة أحمد جونت باشا ناظر ديوان الأحكام العدلية. وقد بلشرت اللجنة عليها عام ١٢٨٥هـ ( ١٨٦٩م) وانتهت منه عام ١٢٩٣هـ، وصدرت المجلة في ٢٦ شعبان من هذا العام، وأطلق عليها " مجلة الأحكام العدلية " تحتوي على ألف وثمانمائة وإحدى وخمسين مادة (١٨٥١) في مقدمة وستة عشر كتابا في البيوع والإيجارات والكفالة.. ومسائر أبواب المعاملات المدنية، الدعوى والبيانات والتحليف والقضاء- مأخوذة من المذهب الحنفي الذي كان مذهب الدولة الرسمي آن ذاك- وجاء إصدار المجلة دعما لتيار التقنين ، وانتصار لاجتهاد الإصلاح التشريعي القائم على أحكام الفقه الإسلامي. وهو إصلاح ذو شقين : إجرائي ، وموضوعي. وبذلك سدت المجلة في حينها فراغا كبيرا في عالم القضاء والمعاملات الشرعية، فبعد أن كانت المسائل مبصرة في كتب الفقه العديدة وكانت الفتاوى والأقوال متعددة ومختلفة في الموضوع الواحد أصبحت الأحكام الشرعية واضحة ثابتة ، لا يحتاج رجال القانون إلى عناء كبير لفهمها وتطبيقها كما أثرت المجلة كثير في تشريعات الدول الإسلامية حيث صدرت تقنينات كثيرة في العالم الإسلامي مصدرها الشريعة الإسلامية، إلا أن أغلبها لا يزال ينتظر الإصدار ولما يظهر بعد. كما حركت المجلة أفكار العلماء في هذا المجال نتج عنه شروح كثيرة للمجلة من أشهرها : شرح " على حيدر " المعروف باسم درر الحكام شرح مجلة الأحكام. وشرح سليم رستم بقر، وشرح " الأتاس " وشرح العلامة السوري " مصطفى الزرقا " وشرح محمد الحسين آل كاشف الغطاء. المعروف باسم " تحرير المجلة " وغير ذلك من الشروح كثير للمزيد من التفاصيل حول المجلة ومضمونها وأهم شروحها راجع على سبيل المثال : صبحي محمصاني - فلسفة التشريع في الإسلامي دهر العلم للملايين - بيروت الطبعة الثالثة سنة ١٩٦١ ص ٨٤ وما بعدها، د/ محمد كمال إمام مقدمة لدراسة الفقه الإسلامي - مدخل منهجي المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦م، ص ٢٨٨ وما بعدها، د/ أحمد محمد الحصري - القواعد الكلية للفقه الإسلامي مرجع سابق ص ٢٨٢ وما بعدها، د/ فاطمة محمد سليم العوا - تأثير مجلة الأحكام العدلية على ==

أو حوالة أو ما إلى ذلك من العقود يجوز لهم عقد ذلك مكاتبة أيضا بشرط أن تكون الكتابة سالمة من شبهة التزوير<sup>(١)</sup>. وهذه المادة - كما هو واضح - مأخوذة من نصوص الفقه الحنفي .

كما جاء أيضا في م (١٦٠٦) " الإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان " <sup>(٢)</sup>. وجاء أيضا في مرشد الحيران<sup>(٣)</sup> في م ٣٤٦ : " كما ينعقد البيع بالإيجاب والقبول خطابا يصح انعقاده بهما تحريرا أو مكاتبة " <sup>(٤)</sup>.

### الرسالة كالكتابة :

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن الرسالة تأخذ حكم الكتابة في هذا المجال والمراد بالرسالة : أن يرسل أحد العاقدين إلى الآخر الغائب رسولا يبلغه الإيجاب شفاهة باللفظ، والرسول سفير ومعبّر عن كلام المرسل ناقل كلامه إلى المرسل إليه ويكون مجلس العقد مجلس التبليغ فيجب أن يقبل فيه<sup>(٥)</sup>.

وصورة الرسالة : أن يرسل رسولا إلى رجل ويقول للرسول : إني بعثت هذا الشيء (ملكي) من فلان الغائب بكذا فاذهب إليه وقل له إن فلانا أرسلني إليك وقال لي :

---

==التقنيات العربية - دراسة تطبيقية على عقد التحكيم بحث قدم إلى كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية لنيل درجة الدكتوراه عام ١٩٩٩م ص ٣٤ وما بعدها.

(١) انظر : على حيدر - درر للحكام شرح مجلة الأحكام - مرجع سابق - للكتاب الأول قبيسوع مادة (٦٩) ص ٦١ ، سليم رستم باز - شرح للمجلة للطبعة الثالثة سنة ١٩٢٣م ، للطبعة الألبية - بيروت م(٦٩) ص ٤٩.

(٢) انظر : سليم رستم باز - شرح المجلة - المرجع السابق - ص ٩٠٠.

(٣) كتاب مرشد الحيران أيضا محاولة في سبيل تقنين أحكام الفقه الإسلامي إلا أنه محاولة فردية لتقنين فقهه الإسلامي في صورة مود قانونية وهو ليس تقنيًا ملزما وإن اعتمد عليه للقضاء . وهو من عمل الوزير المصري قنري باشا. مستند من المذهب الحنفي على غرار مجلة الأحكام العدلية. راجع نكتور محمد كمال إمام مقدمة لدراسة الفقه الإسلامي - منخل منهجي - مرجع سابق - ص ٢٩٢.

(٤) انظر : قنري باشا مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان - للطبعة الأميرية ببولاق للطبعة الثانية سنة ١٩٣٨م ، كتاب البيع م٣٤٦ ص ٨٩.

(٥) انظر : د/ أحمد أبو الفتح - كتاب المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية - مرجع سابق ص ٢٣٠ ، د/ محمد مصطفى شلبي - نظام المعاملات في الفقه الإسلامي - مرجع سبق ص ٢٥٦ د/عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بالفقه الغربي مقدمة صيغة للعقد - معهد للبحوث والدراسات العربية سنة ١٩٦٧م ص ٩٩ ، د/ عبد الحميد البعلبي ضوابط العقود - مرجع سبق - ص ٩٧ ، د/ أحمد فراج حسين . الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية - مرجع سابق ص ١٥١ ، د/ عبد المنعم فرج الصدة - نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - مرجع سابق ص ١٥٩ ، د/ عبد الرزاق حسن فرج - دور السكوت في التصرفات القانونية مرجع سابق ص ٢٥.

قل له إني قد بعث هذا من فلان بكذا فذهب الرسول وبلغ الرسالة، فقال المشتري في مجلسه ذلك قبلت انعقد البيع. لأن الرسول كما سبق - سفير ومعبّر عن كلام المرسل ناقل كلامه إلى المرسل إليه فكأنه حضر بنفسه فأوجب البيع وقبل الآخر في المجلس<sup>(١)</sup>.

وبإرسال الرسول على تلك الصورة كأنه حضر بنفسه، أو كتب له كتابا يفصح فيه عن إرادته فيعتمد بها على هذا النحو. ولذا، جاء في نصوص الفقهاء: " أن الكتاب كالخطاب وكذا الإرسال "<sup>(٢)</sup>. وهذا يوضح أن الرسول يؤدي مهمة الخطاب أي الكلام شفاهة، في مجال التعبير عن الإرادة.

---

(١) الكلاسي - بدائع الصنائع - مرجع سابق - ج ٥ ص ٢٠٦ .

(٢) فطر : ابن الهمام شرح فتح القدير - مرجع سابق ج ٥ ص ٧٩، بن عابدين - حاشية در المحتار على الدر المختار - مرجع سابق ج ٤ ص ٥١٢، المرغيناني - الهداية - مطبوع مع شرح فتح القدير السابق الإشارة إليه - ج ٤ ص ٧٩ ، الفتاوى الهندية - مرجع سابق - ج ٣ ص ٩ ، ابن نجيم - الأشباه والنظائر على مذهب الإمام أبي حنيفة - تحقيق وتعنيق - عبد العزيز محمد الوكيل - مؤسسة الحلبي وشركاه بدون تاريخ ص ٣٣٩ .

## المطلب الثالث

### التعبير بالإشارة

من الوسائل التي تقوم مقام اللفظ في الإصاح عن الإرادة الإشارة. وهي عبارة عن حركات تصدر عن الإنسان برأسه أو يده، تفيد تعيين شئ أو تلويح بشئ يفهم منه المراد فهي ترادف النطق في فهم المعنى<sup>(١)</sup>.

والإشارة قد تكون من أخرس " غير قادر على النطق " وقد تكون من من قادر على النطق.

وغير القادر على النطق " الأخرس " إما أن يكون خرسه أصليا وإما أن يكون عارضا أو طارئا.

فتلك حالات الإشارة نتناولها بالتفصيل على النحو التالي :

#### أولا: إشارة الأخرس خرسا أصليا :

فأما إشارة الأخرس الأصلي : وهو المعقول اللسان خلقة بأن ولد به بحيث لا يستطيع النطق مطلقا. فهي إشارة معتبرة بلا خلاف بين الفقهاء، وتقوم مقام عبارة الناطق تماما، ذلك لأن التعبير بالإشارة في مثل حالته هو الطريق الأصلي والطبيعي لمن لا يقدر على النطق<sup>(٢)</sup>.

ويشترط لاعتبار الإشارة في هذه الحالة أن تكون مفهومة ، معهودة، سواء أكانت

---

(١) انظر : د/ بدران أبو العينين بدران - بيان النصوص التشريعية - منشأة المعارف - بالإسكندرية سنة ١٩٦٩م، ص ٦٥، د/ محمد حسني عبد الحكيم - الإجمالي والبيان - مرجع سابق ص ٥٦، د/ عبد الحميد محمود البعلي - ضوابط العقود - مرجع سابق ص ٩٩، د/ رمضان علي السيد الشرنباصي - المدخل لدراسة الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٣٦١.

(٢) أنظر في ذلك : الكاساني - بدائع الصنائع - مرجع سابق - ج ٥ ص ٢٠٢، الرملي - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - مرجع سابق ج ٣ ص ٣٨١، الحطاب - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل - ج ٤ ص ٢٢٩، الخرشي - شرح الخرشي - مرجعه سابق ج ٣ ص ٣٦١، أحمد بن يحيى المرتضى - البحر الزخار - مرجع سابق ج ٤ ص ٢٩١، محمد بن يوسف أطفيش - شرح كتاب النيل وشفاء العليل - مرجع سابق - ج ٨ ص ٢٠٥، القنوجي البخاري - الروضة للتنبيه - شرح الدرر البهية - مرجع سابق ص ٩٣، العنسي - التاج المذهب لأحكام المذهب - مرجع سابق - ج ٢ ص ٣١٦، الحلبي - شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام - مرجع سابق - ج ٢ ص ١٣، العسافني - الروضة البهية في شرح اللمعة المشقية - دار العلم الإسلامي - بيروت - بدون تاريخ ج ٣ ص ٢٢٢، د/ وحيد الدين سوار التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ٢١٥، د/ محمد مصطفى شلبي - نظام المعاملات في الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٢٥٦، د/ عبد الحليم القوني - حسن النية وأثره في التصرفات - مرجع سابق ص ٣٤٢.

باليد أم الحاجب أم الرأس، فإن لم تكن كذلك فلا قيمة لها ولا يعتد بها<sup>(١)</sup>.

وبناء على ذلك جاءت القاعدة الفقهية بالمادة [٧٠] من مجلة الأحكام العدلية :  
"الإشارة المعبودة للأخرس كالبيان باللسان "بمعني أن الأخرس وهو المعقول للسان  
خلقة تكون إشارة معتبرة كبيان الناطق في بناء الأحكام عليها.

ويشترط أن يكون القاضي عالماً بتلك الإشارة، وإلا ، فيجب أن يستخير ممن  
يعرفونها من أصنقائه وجيرانه ، وإخوانه فيترجم له حتى يحيط علماً بتلك، وينبغي أن  
يكون المترجم عدلاً معقول القول.

وتعد إشارة الأخرس " الأصل " ولو كان مقتدراً على الكتابة وهو المعتمد<sup>(٢)</sup>.

**مسوغات الاعتداد بإشارة الأخرس خرساً أصلياً:**

إذا كان الأصل في التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي هو اللفظ فإنه كان لزاماً  
أن يكون هناك مسوغ لخروج الفقهاء عن هذا الأصل واعتدادهم بالإشارة.

هذا المسوغ صرح به الرملي في نهاية المحتاج بقوله : " وإشارة الأخرس أو  
كتابته بالعقد كالنطق من غيره للضرورة " <sup>(٣)</sup>.

فالضرورة — كما هو واضح من النص — هي التي دعت إلى الخروج عن  
التعبير بالنطق واللفظ إلى الاعتداد بالإشارة ، وذلك لأن في عدم الاعتداد بإشارة  
الأخرس تضيقاً وحرماً، ومعلوم أن من أسس الشرع الإسلامي رفع الحرج والمشقة،

---

(١) الكاساني — بدائع الصنائع — مرجع سابق جـ ٥ ص ٢٠٢، ابن قدامة — المغني — مرجع سابق جـ ٤  
ص ٢١٦، ابن نجيم — الأشباه والنظائر — مرجع سابق ص ٣٤٤، السبكي — الأشباه والنظائر —  
دار الكتب العلمية بيروت — الطبعة الأولى سنة ١٩٩١ جـ ١ ص ٨٤.

(٢) انظر: علي حيدر — درر الأحكام شرح مجلة الأحكام — مرجع سابق — ص ٦٢ شرح م (٧٠)، سليم رستم  
باز — شرح المجلة — مرجع سابق — ص ٤٩ م (٧٠)، د/ مصطفى أحمد الزرقا — الفقه الإسلامي  
في ثوبه الجديد — مرجع سابق جـ ١ ص ٣٢٨، د/ أحمد أبو الفتح — كتاب المعاملات في الشريعة  
الإسلامية ولقوانين المصرية ، مرجع سابق ص ٢٣١ ، " وهناك رأى فقهي يقول : إن الأخرس القادر  
على الكتابة لا يعتد بإشارته لأنها أقل دلالة من الكتابة فلا تقبل مع إمكانية الكتابة " .

أنظر في ذلك : الشيخ علي الخفيف — أحكام المعاملات الشرعية — مرجع سابق — ص ١٩٣  
د/ عبد الودود السريتي — المدخل لدراسة بعض النظريات في الفقه الإسلامي مرجع سابق ص ٩٧  
د/ عبد الناصر العطار — نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية، والقانون الوضعي — مرجع سابق  
ص ٣٧، د/ أحمد فراج — الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية — مرجع سابق ص ١٥٢.

(٣) الرملي — نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج — مرجع سابق جـ ٣ ص ٣٨٥.



فأما وجه الحرج فإن الأخرس لا يستطيع التكلم، وهو محتاج لإجراء معاملاته المندنية التي يحتاج إليها بوصفه آمياً، ولو لم تعتبر إشارته وهي الوسيلة الوحيدة التي لا يملك غيرها لأدى ذلك إلى حرمانه من إجراء تلك المعاملات، ولما صحت معاملته لأحد من الناس، ولكان - من ثم - عرضة للموت جوعاً، لهذا كلان الاعتداد بإشارة الأخرس دفعا للحرج والمشقة والضرر عنه، وتيسيراً عليه بإعطائه إمكانية التعبير والإفصاح عن إرادته عن طريق إشارته المفهومة التي تدل على رضاه، ومن ثم اتفق على جعل إشارته المعهودة كالبيان باللسان<sup>(١)</sup>.

كما أن للشارع اعتبر إشارة الأخرس في العبادات، فإذا حرك لسانه بالقراءة والتكبير كانت عبادته صحيحة، فكذا المعاملات.

كما أن الإشارة في بعض الأحيان تقبل وتكون بيانا في القادر في بعض المواضع فقد ثبت أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - وهو أفصح العرب والعجم قد أنبأنا بالإشارة عدد أيام الشهر حينما قال: "الشهر هكذا وهكذا وهكذا، ثم عقد إبهامه في الثالثة، ويشير بيده أنه تسعة وعشرون ليلة صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فإن غم عليكم فافقدوا ثلاثين"<sup>(٢)</sup>. وبذلك فالعاجز عن النطق أولى أن تقبل شهادته وتكون بيانا لما يريد.

بالإضافة إلى ما سبق، فإنه لما كان الكتاب في الغائب معتبرا كالخطاب وهو قادر على الحضور فأولى أن تعتبر الإشارة من الأخرس لعجزه وعدم قدرته على الكلام والتعبير، فكانت إشارته كالبيان من الناطق<sup>(٣)</sup>.

### تأنيذا: إشارة الأخرس خرسا عارضا:

- وأما من كان خرسه عارضا "طارئا"، فهذا ما يعرف "بالمصمت" وهو الذي اعتقل لسانه أى احتبس عن الكلام ولا يقدر عليه لمرض أو غيره من خوف، أو سقوط

(١) محمد قدرى بلشا - مرشد الحيران م (٣٤٦): "ويعقد البيع أيضا بالإشارة المعروفة للأخرس". ص ٨٩، على حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام - مرجع سابق - ص ٦٢، سليم رستم باز شرح المجلة - مرجع سابق ص ٤٩، د/ وحيد الدين سوار - التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي مرجع سابق ص ٢٧١، د/ عبد العزيز عزام - قواعد الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٢٨٥.

(٢) ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق ج ٤ ص ١٥٢ - كتاب الصوم، للشوكاني - نيل الأوطار مرجع سابق ج ٤ ص ١٨٩، كتاب الصيام - باب ما جاء في يوم الشك.

(٣) راجع في ذلك: د: عبد العزيز عزام - قواعد الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ٢٨٦، ٢٨٧.

من شامق، وربما يزول خرسه، وينطلق لسانه<sup>(١)</sup>.

أما الاعتداد بإشارته، فإنه إذا كان يعرف الكتابة، صحت عقوده بها مادامت مستبينة ومرسومة على ما جرت به العادة، وتكون حجة كالنطق<sup>(٢)</sup>.

أما إذا كان لا يعرف الكتابة فإن إشارته لا تكون حجة معتبرة إلا إذا استدامت علته ووقع اليأس من كلامه يقول ابن نجيم : " ... فإن كان معتقّل اللسان ففيه اختلاف، وتفوتى على أنه إن دامت العقلة إلى وقت الموت يجوز إقراره بالإشارة والإشهاد عليه " أى أنه يعتد فى إقراره بإشارته المعروفة، ويعتد كما لو كان خرسا أصليا ومثل هذا النص أيضا فى أشباه السبكي: " ... ومن اعتقل لسانه فأوصى بالإشارة المفهومة أو قرئ " كتاب الوصية فأشار برأسه أن نعم صحت " <sup>(٣)</sup> وأجازها بعض الفقهاء مطلقا نتعذر نطقه<sup>(٤)</sup>.

هذا عن حكم إشارة الأخرس، وهو المعقول اللسان خلقه، أو عاهة دائمة، وقد علمنا أن الخرّس الطارئ يأخذ حكم الخرّس الأصلي فى حالة استدامة المرض أو الاعتقال واحتباس اللسان، ويعتد بإشارته وتقوم مقام نطقه.

### ثالثا: إشارة غير الأخرس:

- وأما إشارة غير الأخرس، وهو القادر على النطق فقد اختلف الفقهاء حول الاعتداد بإشارته، وكان خلافهم على رأيين :

الأول: جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية، والشيعة الإمامية، والإباضية<sup>(٥)</sup> على أن إشارة القادر على النطق لا يعتد بها، وتعد لغوا ، وذلك لأن غير الأخرس قادر على

---

(١) العنسى - لتاج المذهب لأحكام المذهب - مرجع سابق ج ٢ ص ٢١٦، انظر: على حيدر - درر الحكم شرح مجلة الأحكام - مرجع سابق ص ٦٣، د/ وحيد الدين سوار - التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ٢١٩.

(٢) انظر: د/ أحمد فراج حسين - الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية - مرجع سابق ص ١٥٢.

(٣) الكاسانى - بدائع الصنائع - مرجع سابق ج ٥ ص ٢٠٣، ابن نجيم، الأشباه والنظائر - مرجع سابق ص ٢٤٤، السبكي - الأشباه والنظائر - مرجع سابق ج ١ ص ٨٥، على حيدر - درر الحكم شرح مجلة الأحكام - مرجع سابق ج ١ ص ٦٣.

(٤) أحمد بن يحيى للمرتضى - البحر الزخار - مرجع سابق ج ٤ ص ٢٩١.

(٥) الرملى - نهاية المحتاج - مرجع سابق ج ٣ ص ٣٨٥، النووى - روضة الطالبين - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى سنة ١٩٩٢م ج ٣ ص ٥، الكاسانى - بدائع الصنائع - مرجع سابق ج ٥ ص ٢٠٣، محمد ابن يوسف أطفيش - شرح كتاب النيل وشفاء العليل - مرجع سابق ج ٨ -

الكلام فلا محل لاستعمال إشارته، كما أن الأصل في اعتبار إشارة الأخرس راجع إلى حالة الضرورة، ورفع الحرج، والضرر عن الأخرس الذي لا يستطيع النطق، ومن ثم فلا محل للاعتداد بها من القادر على النطق لعدم الداعي لذلك.

جاء في الأشباه لابن نجيم: " وإن لم يكن - غير الأخرس - معتقل اللسان لم تعتبر إشارته مطلقا إلا في أربع : الكفر ، والإسلام ، والنسب ، والإفتاء .... يزداد أخذًا من مسألة الإفتاء بالرأس إشارة الشيخ في رواية الحديث، وأمان الكافر أخذًا من النسب لأنه يحتاط فيه لحقن الدم <sup>(١)</sup> .

ومثل هذا النص في أشباه السيوطي : ".... وأما القادر على النطق فأشارته لغو إلا في صور.. إشارة الشيخ في رواية الحديث كنطقه وكذا المفتي.. أمان الكفار ينعقد بالإشارة تغليبا لحقن الدم، كأن يشير مسلم إلى كافر فينحاز إلى صف المسلمين، إذا سلم عليه في الصلاة يرد بالإشارة...." <sup>(٢)</sup> .

فالأصل عند الجمهور أن إشارة غير الأخرس - القادر على النطق - لا يعتد بها في الإفصاح عن إرادته إلا أنهم - كما رأينا - أوردوا على هذا الأصل استثناءات في حالات اعتدوا فيها بالإشارة من غير الأخرس، أي إن رفضهم وعدم اعتدائهم بإشارة غير الأخرس ليس مطلقا.

الثاني: يرى المالكية والشيعة الزيدية من وجه <sup>(٣)</sup> أن الإشارة صالحة للتعبير عن الإرادة مطلقا ، أي للقادر على النطق، والأخرس، سواء أكان خرسا أصليا أم عارضا. جاء في مواهب الجليل: ".... وبالإشارة الدالة على ذلك ، وهي أولى بالجواز من

---

==ص ٢٠٥، محمد الحسني آل كاشف الغطاء تحرير المجلة - مرجع سابق - المجلد الأول ص ٤٦  
د/ محمد مصطفى شلبي - نظام المعاملات في الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٢٥٦ ، د/ علي الخفيف - أحكام المعاملات الشرعية - مرجع سابق - ص ٩٣ ، د/ محمد سلام مذكور - الوجيز للمدخل للفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ١٧٠ ، د/ عبد الحميد البعلی - ضوابط عقود - مرجع سابق ص ٩٩ د/ رمضان علي السيد الشرنبلصي - المدخل لدراسة الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٣٦٢ .  
(١) انظر ابن نجيم - الأشباه والنظائر - مرجع سابق ص ٣٤٤ ، ابن عابدين - حاشية رد المحتار على الدر المختار - مرجع سابق - ج ٤ ص ٥١١ .  
(٢) انظر السيوطي - الأشباه والنظائر - مرجع سابق - ص ٣٣٩ ، السبكي - الأشباه والنظائر - مرجع سابق ج ١ ص ٨٤ .  
(٣) نقل عن الزيدية أيضا رأي يوافق الجمهور في عدم الاعتداد بإشارة الصحيح وأنها لا حكم لها: انظر العنسي - التاج المذهب لأحكام المذهب - مرجع سابق ج ٢ ص ٣١٦ .

المعاطاة<sup>(١)</sup>؛ لأنها يطلق عليها أنها كلام.. قال تعالى : ( قال آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا )<sup>(٢)</sup>. والرمز الإشارة. وغير الأخرس كالأخرس .

" وكذا غير الأخرس إذا فهم منه بالإشارة وإنما ذكر الأخرس لأنه لا يتأتى منه غيرها"<sup>(٣)</sup> وفي الروضة الندية: " .. والحاصل أنا لم نجد في الكتاب والسنة بعد ذكر مطلق البيع إلا قيد الرضاء والأمور المشعرة به أعم من الألفاظ التي اصطلاح عليها الفقهاء، فيندرج تحت الرضاء كل ما دل عليه ولو إشارة من قادر وكتابة من حاضر"<sup>(٤)</sup>.

وهكذا ، فكتب المالكية والشيعة الزيدية صرحوا بالنص على أن إشارة القادر على النطق معتبرة، معتمد بها في التعبير عن الإرادة.

ويستدلون لذلك — كما هو واضح من النصين — بأن الإشارة مدامت مفهومة متعارفا عليها تقوم مقام النطق، وقد سماها الله تعالى كلاما، ومن ثم فهي في منزلة النطق.

كما أنه لم يرد في الكتاب والسنة ما يحتم التعبير عن الإرادة والرضاء بطريقة معينة، ومن ثم فكل ما يشعر بالرضا ويدل عليه من قول أو فعل أو إشارة من قادر على النطق أو كتابة ولو من حاضر يعتد به ويستدل به على الرضاء.

- وبالنظر في كتب الحنابلة أيضا يمكن أن ندرك أنهم يوافقون المالكية والشيعة الزيدية في الاعتداد بالإشارة ولو من قادر على النطق — بوصفه ذلك وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة، وإن كانوا لم يصرحوا بذلك. فقد جاء في كشف القناع : "..... ولم ينقل عن النبي — صلى الله عليه وسلم — ولا عن أحد من صحابته — استعمال إيجاب وقبول في بيعهم"<sup>(٥)</sup>. فالحنابلة أيضا لم يرد عنهم ضرورة التعبير عن الإرادة بشكل معين، وإنما ما يفيد الرضاء أيا كانت وسيلة التعبير عن ذلك.

وهكذا نرى أن الرأي الثاني — المالكية ومن وافقهم — هو أوسع المذاهب في مسألة الاعتداد بالإشارة كوسيلة للتعبير عن الإرادة ، حيث يجيزون التعاقد بالإشارة

(١) سوف نبين معنى المعاطاة ومدى صلاحيتها للتعبير عن الإرادة في موضع لاحق.

(٢) سورة آل عمران آية [٤١].

(٣) انظر: الحطاب — مواهب الجليل لشرح مختصر خليل — مرجع سابق ج٤ ص ٢٢٩.

(٤) انظر : القنوجي البخاري — الروضة الندية — شرح الدرر البهية — مرجع سابق ج٢ ص ٩٣.

(٥) انظر: البيهوتي — كشف القناع عن متن الإقناع — مرجع سابق ج٣ ص ١٤٨.

ولو من غير أخرس . كل ما هنالك أن تكون الإشارة مفهومة دالة على الرضا، أو على الإرادة بحسبها. وهذا الرأي — من وجهة نظري — هو الذى يساير ظروف العصر<sup>(١)</sup> ومقتضيات التعامل الحديثة، ولذلك رجحه كثير من أساتذتنا المعاصرين.

وبخاصة لو وضعنا فى الحسبان ما أورده الحنفية والشافعية من استثناءات على عدم الاعتداد بالإشارة واعتبروا دلالة الإشارة فى مواطن كثيرة عرفناها من خلال النصوص التى عرضناها عند الكلام عن رأى الأول أى إنهم لم يرفضوها رفضاً مطلقاً.

وبالإضافة إلى ذلك ، فإننا نجد الإشارة يعول عليها الآن كثيراً فى التعبير عن الإرادة فى مجالات مختلفة، منها على سبيل المثال: التصويت على الآراء بشأن مسألة ما. حيث يتم معرفة الموافقة على تلك المسألة من خلال الإشارة برفع اليد دليلاً على الموافقة، وهذا حادث فى المجالس التشريعية، وفى غيرها من المجالس التى تعتمد فى قراراتها على الأخذ بالأغلبية فى حسم مسألة ما. كما يعتد بالإشارة المعهودة فى البيع بالمزاد، أو فى التعامل فى أسواق الأوراق المالية<sup>(٢)</sup>.

ولذا: فإن مذهب المالكية ومن وافقهم فى جواز إظهار الإرادة بكل ما يدل عليها من قول أو كتابة، أو إشارة .. مطلقاً . هو الأوفق فى التعبير عن المصالحح، وهو الأسلم فى البعد عن التناقض<sup>(٣)</sup>. مع ملاحظة أنه يستثنى من ذلك عقد الزواج لجلال قدره وعظيم شأنه وأهميته ، فلا ينعقد بالإشارة<sup>(٤)</sup>.

---

(١) انظر على سبيل المثال د/ عبد الرزاق السنهورى — مصادر الحق فى الفقه الإسلامى — مرجع سابق جـ ١ ص ١٠٦، د/ عبد الناصر العطار — نظرية الالتزام فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى — مرجع سابق — ص ٣٧، د/ وحيد الدين سوار — التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ٢٢٧، د/ عبد المنعم فراج الصدة — نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى — مرجع سابق — ص ١٦٢، د/ محمد سراج — نظرية العقد فى الفقه الإسلامى — ص ٤١.

(٢) انظر د/ مصطفى الجمال — القانون المدنى فى توبه الإسلامى — مصادر الالتزام — مرجع سابق ص ٦٥.

(٣) انظر د/ محمد سراج — نظرية العقد فى الفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ٤١.

(٤) د/ محمد يوسف موسى — الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى — مرجع سابق — ص ٢٦٥، د/ أحمد فراج حسين — الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية — مرجع سابق ص ١٥٣، د/ رمضان على السيد الشرنباوى — المنخل لدراسة الفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ٣٦٣.

## نطاق الاعتداد بالإشارة:

دلالة الإشارة على التعبير عن الإرادة — على النحو الذى عرضناه آنفاً — بالنسبة للأخرس، ولغيره — وبما ورد بشأنها من خلاف فيما يتعلق بإشارة غير الأخرس هى دلالة معتد بها فى كل تصرفاته ومعاملاته من بيع وشراء ورهن وإبراء وإقرار، إلا أنه يرد عليها استثناءات لا تعتبر الإشارة بالنسبة لها<sup>(١)</sup>.

جاء فى أشباه ابن نجيم : " الإشارة من الأخرس معتبرة وقائمة مقام العبارة فى كل شئ من بيع وإجارة ورهن ونكاح... إلا فى الحدود ولو حد قنف ، وهذا مما يخالف فيه القصاص الحدود. وفى رواية أن القصاص كالحدود فلا تثبت بالإشارة.. ويزاد عليها الشهادة، فلا تقبل شهادته"<sup>(٢)</sup>.

وفى أشباه السيوطى " ... الإشارة من الأخرس معتبرة وقائمة مقام عبارة الناطق فى جميع العقود... ويستثنى من ذلك صور — شهادة لا تقبل بالإشارة فى الأصح، يمينه لا ينعقد بها إلا فى اللعان... وإذا خاطب بالإشارة فى الصلاة لا تبطل على الصحيح .. ومن حلف لا يكلمه فأشار إليه لا يحنث .. لا يصح إسلام الأخرس بالإشارة فى قول حتى يصلى بعدها، والصحيح صحته..<sup>(٣)</sup>.

وذكر المبكى: " أن كل مقصود لا يختص بصيغة فلا يتمتع إقامة الإشارة فيه مقام العبارة، وما يختص بصيغة فيغض إعراب الإشارة عنه... وأعلم أنه رب مكان طلب الشارع فيه الإشارة دون غيرها .. وذلك مثل رد المصلى على المسلم بالإشارة، وإشارة من زحم على الحجر الأسود بالتقبيل ونحو ذلك..<sup>(٤)</sup>.

ويستفاد من هذه النصوص أن إشارة الأخرس لا يعتد بها فى بعض المواضع. وإذا كان الأصل أن إشارة الأخرس تقوم مقام عبارته إلا فإنها فى هذه الصور لا تغنى عن العبارة.

كما أن هناك مواضع لا تغنى فيها العبارة عن الإشارة لو أن الأصل فيها

(١) انظر د/ عبد العزيز عزام — قواعد الفقه الإسلامى — مرجع سابق — ص ٢٨٦.

(٢) ابن نجيم — الأشباه والنظائر — مرجع سابق ص ٣٤٣ ، د/ أحمد محمد الحصرى — القواعد الكلية للفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ٢٧١.

(٣) السيوطى — الأشباه والنظائر — مرجع سابق ص ٣٣٨.

(٤) المبكى — الأشباه والنظائر — مرجع سابق ج ١ ص ٨٣ ، ٨٤.

الإشارة. مثل رد المصلى على من يسلم عليه بالإشارة، والإشارة إلى الحجر الأسود في الزحام بدلا من لمسه وتقبيله.

ومن أهم الصور التى لا تغنى فيها الإشارة. الحدود<sup>(١)</sup>، والشهادات. وقد استثنى الشيعة الزيدية أيضا - برغم أن مذهبهم الاعتداد بها مطلقا - الإشارة فى الشهادة وما يماثلها. جاء فى البحر الزخار: "وتصح عقود الأخرس بالإشارة إلا فيما يفتقر إلى لفظ مخصوص كالشهادة".<sup>(٢)</sup>

### موقف القانون الوضعي من هذه الوسائل:

عرضنا فيما سبق لوسائل التعبير عن الإرادة، وهى اللفظ<sup>(٣)</sup> وما يقوم مقامه من كتابة، أو رسالة، أو إشارة، أو أى فعل يدل على دلالة أكيدة على الرضا، وقلنا إنها تعد من قبيل التعبير الصريح أى التى تعبر عن الإرادة بشكل صريح ومباشر؛ لأنها تعبر بذاتها ومن غير حاجة إلى ظروف أو قرائن تفسر دلالتها.

وبالنظر إلى القانون الوضعي نجد أنه - فيما يتعلق بهذه الوسائل - لا يختلف عما قرره الفقه الإسلامى فقد نص القانون المدنى المصرى فى المادة (٩٠) منه فقرة [١] على أن:- "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، وبالإشارة المتداولة عرفا،

---

(١) إشارة الأخرس معتبرة إلا فى الحدود والعقوبات الخالصة لله تعالى فلا عبرة لها وذلك بناء على قاعدة "وجوب درء الحدود بالشبهات" المستدل عليها بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "ندرو الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطئ فى تعفو خير من أن يخطئ فى العقوبة". رواه الترمذى فى سننه جـ ٤ ص ٣٣ باب ما جاء فى درء الحدود، ومسروى عن أبى هريرة - رضى الله عنه - أنه قال: جاء رجل من بنى فزارة إلى النبی صلى الله عليه وسلم: هل لك من إيل؟ قال: نعم. قال: "فإن امرأتى ولدت غلام أسود. فقال للنبي صلى الله عليه وسلم: هل لك من إيل؟ قال: نعم. قال: "فما ألوانها؟ قال: حمراء. قال: هل فيها من أورك؟ - أى سواد ليس بصلف - قال: لى فيها لورق. قال: "فإنى أتأها ذلك؟" قال: عسى أن يكون نزع عرق - أى شبيه بأصل من نسب - قال: "وهذا عسى أن يكون نزع عرق". انظر: مسلم - صحيح مسلم - جـ ٢ ص ١١٣٧ كتاب اللعان، ابن حجر فتح البارى جـ ١٣ ص ٣٥٩. وعملا بهذه القاعدة فالأخرس لا يحد ولا يحد له فإن كان قلنفا فقلنفا ليس بصريح والحد لا يجب إلا بالقلنفا بصريح الزنا، وإن كان مقدوفا قلنفا كان بإيمانه مصدقا للقلنفا فلا يتيقن بطله للحد: .. وعند الشافعية تعتبر إشارته فى القذف بشرط أن تكون معهودة - راجع فيما سبق: ابن نجيم - الأشباه والنظائر مرجع سابق ص ١٢٧، على حيدر - درر الحكام شرح مجلة الأحكام - مرجع سابق ص ٦٣، د/ عبد العزيز عزام - قواعد الفقه الإسلامى - مرجع سابق - ص ٢٨٧.

(٢) أحمد بن المرتضى - البحر الزخار - مرجع سابق جـ ٤ ص ٢٩١.

(٣) المقصود باللفظ الذى يعبر صراحة عن الإرادة هو اللفظ الصريح والتذى سبق أن تعرفنا عليه - راجع ما سبق فى بداية المبحث.

كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود<sup>(١)</sup>.

ف نجد أن القانون الوضعي أخذ بما أخذ به الفقه الإسلامي في مجال التعبير الصريح عن الإرادة ، فاعتمد على اللفظ ، سواء أكان كلاماً مباشراً أم بواسطة التليفون ، أم عن طريق إرسال رسول ناقل للإرادة ، كما يصح التعبير عن الإرادة باللفظ بأي لغة مادامت مفهومة للطرف الآخر . وذلك في جميع العقود والتصرفات بلا استثناء.

ويقوم مقام اللفظ في ذلك - الكتابة أياً كان شكلها باليد، بالآلة الكاتبة أو مطبوعة، وأياً كان نوعها رسمية أو عرفية ، موقعة أو غير موقعة، سواء أكان التعاقد بين حاضرين أم غائبين أو كان أحدهما حاضراً والآخر غائباً.

كما يتم ذلك أيضاً بالإشارة المتداولة عرفاً، كهز الرأس عمودياً للتعبير عن الموافقة، أو أفقياً للتعبير عن الرفض. وقد تكون الإشارة باليد أيضاً، فالإشارة الشائعة يصح بها التعبير عن الإرادة ولو من غير الأخرس، وهذا يوافق رأى المالكية ومن وافقهم في الاعتدال بالإشارة مطلقاً<sup>(٢)</sup>. كما قد يكون التعبير عن الإرادة باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على المقصود<sup>(٣)</sup>.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري مرجع سابق جـ ٢ ص ١٠٣ ويقابل هذه المادة من القانون المدني الليبي م (٩٠) ومن القانون السوري م (٩٣) انظر د/ عبد المنعم فرج الصدة - نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - مرجع سابق - ص ١٥٢ ، ويقترب من ذلك أيضاً م (١٣٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي التي تنص على أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة.. أو بالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير أخرس... راجع قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة مرجع سابق ص ١٠٣، د/ مصطفى الجمال القانون المدني في توبه الإسلامى - مصادر الالتزام - مرجع سابق - ص ٦٦ ، د/ عمر السيد أحمد عبد الله - إیرام العقود فى قانون المعاملات المدنية الإماراتي دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى - دار النهضة العربية سنة ١٩٩٥م ص ٢٦.

(٢) راجع ما قلناه سابقاً من الإشارة عن غير الأخرس.

(٣) انظر في ذلك على سبيل المثال: د/ محمد على عرفة - مبادئ العلوم القانونية - مكتبة النهضة المصرية الطبعة الثانية سنة ١٩٥١م ص ٣٤٤، د/ عبد الحى حجازى - النظرية العامة للالتزام - جـ ٢ مصادر الالتزام - مطبعة نهضة مصر سنة ١٩٥٤ ص ١٧١ وما بعدها، د/ عبد الرزاق السنهورى - مصادر الحق فى الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ٩٩ وما بعدها ولسيادته أيضاً: نظرية العقد - مرجع سابق - ص ١٥٢ وما بعدها، د/ إسماعيل غانم - فى النظرية العامة للالتزام - مرجع سابق - جـ ١ ص ٨٠ وما بعدها، د/ عبد المجيد الحكيم - الوسيط فى نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربى وما يقابلها فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى العراقى. شركة الطبع والنشر الأهلية ببغداد سنة ١٩٦٧م جـ ١ ص ١٢١، د/ أنور سلطان - الموجز فى مصادر الالتزام - مرجع سابق ص ٦٠ ==



فهذه وسائل التعبير الصريح عن الإرادة فى القانون، وكما رأينا فإنها لا تخرج عما قرره الفقه الإسلامى مع خلاف بسيط فى المذاهب ولعل أقرب المذاهب الإسلامية إلى القانون المعاصر فى هذا المجال هو المذهب المالكى<sup>(١)</sup> الذى توسع فى الاعتماد بالإشارة.

---

-- وما بعدها ، د/ عبد الناصر العطار - نظرية الالتزام فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى - مرجع سابق ص ٣٥ وما بعدها.، د/ عبد المنعم البدرأى النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى ج١ - مصادر الالتزام - مرجع سابق ص ١٧٣ وما بعدها ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد والإرادة المنفردة - دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامى سنة ١٩٨٤ ص ٩٦، د/ سليمان مرقس الوافى فى شرح القانون المدنى والالتزامات - الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٧ المجلد الأول - نظرية العقد والإرادة المنفردة ص ١٣٥ وما بعدها ، د/ سمير عبد السيد تناغو - مصادر الالتزام والإثبات سنة ١٩٩٠ ص ٣٣ وما بعدها ، د/ نبيل إبراهيم سعد - النظرية العامة للالتزام ج١ - مصادر الالتزام مرجع سابق ص ٩٤ وما بعدها ، د/ محمود عبد الرحيم الديب - الوجيز فى مصادر الالتزام - مرجع سابق ص ٢٩ وما بعدها.

(١) انظر د/ عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد والإرادة المنفردة - مرجع سابق - هامش ص ٩٦.

## المطلب الرابع

### أوجه الشبه والخلاف بين السكوت والتعبير بغير اللفظ

إن التعبير عن الإرادة بغير اللفظ، سواء أكان بالكتابة أم الإشارة عن الإرادة يشتهر بحالة السكوت المعبر عن الإرادة. من جهة كونها لا تشتمل على لفظ أو نطق وكلام.

فقد ذكرنا في تعريفنا للسكوت أنه موقف سلبي غير مصحوب بقول ولا فعل... الخ. فالسكوت يفترض فيه أنه غير مصحوب بقول من الساكت ولا فعل من نحو كتابة أو إشارة، أو اتخاذ أى موقف يمكن أن يدل على الإرادة. كل ما هنالك ، أن هذا الموقف السلبي تصاحبه ظروف وملابسات يمكن معها تفسير السكوت على أنه قبول أو رفض أو تعبير عن الإرادة تعبيراً معيناً.

كما قد تتحدد دلالة السكوت من خلال نص ، أو عرف أو اتفاق على نحو ما سنبينه فيما بعد.

فوجه الشبه بين السكوت وتلك الوسائل - غير اللفظية - يكمن في عدم النطق في كل.

ولكن مع ذلك يبقى الخلاف بينهما كثيراً وواضحاً، ويتجلى هذا الفارق في أنه إذا كان السكوت موقفاً سلبياً مجرداً غير مقترن بأى موقف إيجابى يتخذه الشخص من قول أو فعل، حتى في حالة دلالاته على الإرادة، فإن هذه الدلالة تتم بناء على ظرف خارج عن الساكت نفسه، سواء أكان ذلك قرينة، أم نصاً ، أم عرفاً، أم اتفاقاً. فدلالة السكوت تتم بطريق الاستنتاج العقلى من خلال ملابسات وظروف معينة. فإن الأمر مختلف تماماً في حالة التعبير عن الإرادة بفعل كالكتابة أو الإشارة، أو أى موقف آخر، إذ في هذه الحالة مع أن الساكت لم يلفظ بقول. فإنه أتى بما يقوم مقامه. بشئ من هذه الأفعال. وهذا يعنى أن هنالك موقفاً إيجابياً يتخذه الشخص، معبراً به عن إرادته تجاه الأمر محل السكوت.

فبرغم سكوته عن القول فإنه بادر باتخاذ ما يقوم مقام هذا اللفظ. ففي كلتا الحالتين يوجد سكوت، إلا أن هذا للسكوت - في حالة التعبير به - سكوت مجرد عن أى فعل ينبو عن الكلام ، وإلا لما دار البحث عن دلالة لهذا السكوت من خلال ظرف أو قرينة

أو غير ذلك.

أما السكوت فى حالة التعبير بفعل من الأفعال التى تنوب عن الكلام فإنه ليس سكوتا مجردا. وإنما صحبته كتابة أو إشارة أو موقف آخر وهذه الأفعال كل منها بذاته يدل على الإرادة من غير حاجة إلى عوامل أخرى.

فالتعبير عن الإرادة بالكتابة أو الإشارة لا يعد كذلك إلا مع تحقق السكوت. وإلا — أى لو وجد اللفظ — لكان هذا اللفظ هو وسيلة التعبير لا السكوت. وفى هذه الحالة تكون الكتابة مجرد دليل للإثبات فقط، وتكون الإشارة غير ذات أثر طالما وجد اللفظ إلا أن الكتابة والإشارة كل منهما يدل على الإرادة بنفسه.

وعلى ذلك فليس هناك فى الواقع لبس بين التعبير عن الإرادة بفعل صريح، كالكتابة أو الرسالة أو الإشارة، وبين السكوت المعبر عن الإرادة ؛ لأن السكوت مع هذه الأفعال ليس سكوتا مجردا. إنما هو سكوت صاحبه ما يدل عن الإرادة ويقوم مقام اللفظ فى ذلك<sup>(١)</sup>.

إضافة إلى ما سبق فإن التعبير بالوسائل غير اللفظية من كتابة أو إشارة أو أى فعل آخر يصلح للتعبير عن الإرادة فى شقيها — الإيجاب والقبول — بعكس التعبير بالسكوت فإنه لا خلاف فى أنه لا يصلح للتعبير عن الإيجاب، وإنما يمكن أن يكون له دلالة التعبير عن القبول فقط.

---

(١) فى هذا المعنى راجع د/ عبد القادر محمد قحطان — السكوت المعبر عن الإرادة وأثره فى التصرفات — مرجع سبق. ص ٧٠٥.

## المبحث الثانى

### التعبير بالمعاطاة والتعبير بالسكوت

تمهيد وتقسيم :

من صور التعبير عن الإرادة أيضاً المعاطاة أو التعاطى أى المبادلة الفعلية من غير تلفظ باللسان ولا كتابة أو رسالة أو إشارة وبيان هذه الصورة يقتضى التعرف على حقيقتها، وموقف الفقهاء من الاعتداد بها بوصفها وسيلة للتعبير عن الإرادة، والفرق بينها وبين التعبير بالسكوت، ثم بيان التكيف الشرعى للتعبير بالمعاطاة ، أى طبيعتها وبيان موقعها بين غيرها من وسائل التعبير عن الإرادة.

وعلى ضوء ذلك سنقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية :

المطلب الأول: المقصود بالمعاطاة وموقف الفقهاء من الاعتداد بها.

المطلب الثانى: الفرق بين التعبير بالمعاطاة والتعبير بالسكوت.

المطلب الثالث: التكيف الفقهى للتعبير بالمعاطاة.

## المطلب الأول

### المقصود بالمعاطاة وموقف الفقهاء من الاعتداد بها

#### أولاً: تعريف المعاطاة:

- المعاطاة فى اللغة بمعنى المناولة أى الأخذ والإعطاء<sup>(١)</sup>.

أما فى اصطلاح الفقهاء ، فقد عرفها الفقهاء بتعريفات كثيرة كلها بنفس المعنى تقريباً.

فقد عرفها المالكية بأنها : " أن يعطيه الثمن فيعطيه المثلون " المثلن " من غير إيجاب ولا استيجاب"<sup>(٢)</sup>.

وعرفها الحنفية بأنها: " المبادلة بالفعل، أى وضع الثمن وأخذ المثلن عن تراض منهما من غير لفظ "<sup>(٣)</sup>.

وعرفها الشافعية بأنها : " أن يتراضيا - يتفقا - على ثمن ومثلن وإن لم يوجد لفظ من أحدهما - أى ولو مع السكوت منهما "<sup>(٤)</sup>.

وعرفها الشيعة الزيدية بأنها : " هى المعاوضة لا بإيجاب وقبول "<sup>(٥)</sup>.

---

(١) انظر الخطاب - مواهب الجليل مرجع سابق - ج ٤ ص ٢٢٨، الرازى - مختار الصحاح - مرجع سابق - ص ٤٤١ مادة " أعطى " ، الذيلى - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - المطبعة الكبرى الأميرية - الطبعة الأولى سنة ١٣١٣ هـ - ج ٤ ص ٤، ابن عابدين . حاشية رد المحتار على الدر المختار - مرجع سابق - ج ٤ ص ٥١٣.

(٢) انظر الخطاب - مواهب الجليل فى شرح مختصر خليل - مرجع سابق - ج ٤ ص ٢٢٨، الخرشي شرح الخرشي - مرجع سابق - ج ٣ ص ٣٦١، العدوى حاشية على كفاية الطالب الريانى - مرجع سابق - ج ٢ ص ١١١، الدسوقي حاشية الدسوقي - مرجع سابق - ج ٣ ص ٣، الصلوى - بلغة السالك مرجع - سبق ج ٢ ص ٣.

(٣) الكلسانى - بدائع الصنائع - مرجع سابق - ج ٥ ص ٢٠٠، ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار - مرجع سابق - ج ٤ ص ١٦، قاضيان فتاوى قاضيان بهامش الفتاوى الهندية - المكتبة الإسلامية - تركيا - الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٣ م ج ٢ ص ١٢٧.

(٤) انظر : الرملى - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - مرجع سابق - ج ٣ ص ٣٧٥، ابن حجر الهيئى فتح الجواد بشرح الإرشاد - مطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر سنة ١٣٤٧ هـ - ج ٢ ص ٢٨٢، ابن حجر الهيئى - حواشى الشروانى والعبادى على تحفة المحتاج بشرح المنهاج - دار إحياء التراث العربى - بدون تاريخ ج ٤ ص ٢١٦.

(٥) أحمد بن يحيى المرتضى - كتاب البحر الزخار - مرجع سابق - ج ٤ ص ٢٩٧.

وعرفها الشيعة الإمامية بأنها: " إعطاء كل واحد من المتبايعين ما يريد من المال عوضا عما يأخذه من الآخر باتفاقهما على ذلك بغير العقد المخصوص <sup>(١)</sup> .

وبعد ، فيذه بعض تعريفات الفقهاء " للمعاطاة " ، وهذه التعريفات رغم كثرتها واختلافها من حيث ألفاظها فإنها متفقة في معناها، حيث تفيد في مجموعها أن المعاطاة صورة خاصة من صور التعبير عن الإرادة ، لا يستعمل المتعاقدان فيها لفظا، ولا ما يقوم مقامه من كتابة أو إشارة. وإنما يتم التعبير عن الإرادة من خلال التبادل الفعلي لمحل التعاقد من غير لفظ أى دون تلفظ بإيجاب وقبول <sup>(٢)</sup> ، كوضع الثمن وأخذ المثل من تراض من الطرفين من غير لفظ؛ ولذلك عبر عنها الحنابلة بأنها: " الصيغة الفعلية، وهي تقابل الصيغة القولية <sup>(٣)</sup> .

كما يلاحظ على التعريفات السابقة أنها تركز على الثمن والمثل، وهو ما يدعو إلى الاعتقاد بأن المعاطاة مقصورة على عقد البيع فقط. وليس ذلك بصحيح ، فالمعاطاة — على القول بإجازتها — تصلح للتعبير عن الإرادة في البيع وفي غيره من عقود المعاملات المالية كالإجارة، والرهن وغير ذلك من ضروب المعاملات المالية وما في معناها كالصرف والإقالة والصلح على مال والقسمة، كما يجرى في غير المعاوضات،

---

(١) انظر العملى الروضة للبهية في شرح اللمعة الدمشقية — مرجع سابق جـ ٣ ص ٢٢٢.

(٢) المقصود بالإيجاب عند جمهور الفقهاء — هو ما يصدر ممن يكون منه التملك وأن تأخر. أما عند الحنفية فهو ما صدر — أولا سواء صدر من البائع أو من المشتري والقبول عند الجمهور هو ما صدر ممن له الملك سواء تقدم أو تأخر وعند الحنفية فهو ما صدر ثانيا سواء ممن يكون منه التملك أو ممن يصير له الملك. ورأى الحنفية في تعريف الإيجاب والقبول هو السائد والمعمول به في قبه القانون الوضعي. راجع في ذلك: ابن عابدين حاشية رد المحتار مرجع سابق جـ ٤ ص ٥٠٦، ابن تيمام — فتح التفسير — مرجع سابق جـ ٥ ص ٧٤، النسوقى — حاشية النسوقى مرجع سابق جـ ٣ ص ٣، النعدوى حاشية على كفاية الطالب الربانى — مرجع سابق جـ ٢ ص ١١١، ابن حجر الهيتمى — فتح الجواد مرجع سابق جـ ٢ ص ٣٧٣، الرملى — نهاية المحتاج — مرجع سابق جـ ٣ ص ٣٧٥، البهوتى الروض لمربع — مرجع سابق — جـ ٢ ص ١٨٤، د/ عبد المنعم فرج الصدة. نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى — مرجع سابق — ص ٢١٠، د/ عبد الحميد البعلبى — ضوابط العقود مرجع سابق — ص ٨٧ وما بعدها، د/ عبد الحليم القونى — حسن النية وأثره فى التصرفات — مرجع سابق ص ٣٣٤ ، نبيل إبراهيم سعد — النظرية العامة للالتزام — مرجع سابق جـ ١ مصادر الالتزام ص ١١٠، د/ جابر عبد الهادى سالم — مجلس العقد فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى مرجع سابق ص ٢٢٨ ص ٤٢٦.

(٣) انظر البهوتى — الروض للمربع — مرجع سابق جـ ٢ ص ١٨٤.

كالإعارة، والهبية فضلا عن الهدية والصدقة<sup>(١)</sup>، كل ما هنالك أنها لا يعتد بها في التعبير عن الإرادة في عقد الزواج وسنبين ذلك في موضعه.

بناء على ما تقدم عرفها بعض الباحثين المعاصرين بأنها: "المبادلة الفعلية الدالة على التراضي دون تلفظ بإيجاب وقبول"<sup>(٢)</sup>. أى أن يتبادل المتبايعان السلعة دون كلام<sup>(٣)</sup> كما عرفها بعضهم بأنها: "عرض المعقود عليه ودفعه لآخر فيأخذه من غير لفظ ولا كتابة ولا إشارة، أو كان اللفظ من أحدهما والأخذ أو الإعطاء من الآخر"<sup>(٤)</sup>. فيذان التعريفان - وأمثالهما - يبينان أن المعاطاة ليست مقصورة على عقد البيع فحسب، وإنما تجرى في غيره من العقود كما ذكرنا سابقا. والمعاطاة تشمل التعاطى أو الأخذ من جانب واحد، ومن الجانبين<sup>(٥)</sup>.

وصور المعاطاة كثيرة جدا منها على سبيل المثال أن تشير إلى السيارة فيقف السائق، ثم تركب السيارة وتدفع ما يسجله العداد دون إيجاب أو قبول لفظي. ومنها كذلك الدخول في المحل الكبير وأخذ السلع المطلوبة المحددة الثمن والتوجه بها إلى مكان الخزينة لدفع المطلوب، دون التقوه بلفظ واحد.

ومنها أيضا وضع النقود في الآلات الموضوعة في الشوارع للحصول على بعض

---

(١) ابن قدامة لمقدس - الشرح الكبير على متن المقنع - مرجع سابق ج٦ ص ٣٦٦، للمولق - التاج والإكليل لمختصر خليل - هامش مواهب الجليل للخطاب - مرجع سابق ج٤ ص ٢٢٨، للنووى المجموع - مرجع سابق ج٩ ص ١٥٢، للشيخ على الخفيف - أحكام المعاملات الشرعية - مرجع سابق ص ١٩٤، د/ محمد مصطفى شلبي - نظام المعاملات في الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ٢٥٨، د/ محمد سلام منكور - الوجيز للمدخل للفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ١٧١، د/ محمد يوسف موسى - الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ٣٧٠، د/ أحمد فراج حسين - تملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية - مرجع سابق ص ١٥٤، د/ رمضان على السيد الشرنباصى - المدخل لدراسة الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ٣٦٥، د/ محمد سراج - نظرية العقد فى الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ٤٣.

(٢) د/ وحيد تنين سوار - للتعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ٢٣٣، د/ محمد سراج - نظرية العقد فى الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ٤٢، وقريب من ذلك تعريف أستاذنا الدكتور / رمضان الشرنباصى للمعاطاة: بأنها "المبادلة الفعلية للموضين" انظر لسيادته المدخل لدراسة الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ٣٦٤.

(٣) انظر: د/ محمد أنيب صالح فى تعليقه على تخريج الفروع على الأصول للزنجاني - مرجع سابق هامش ص ١٤٣.

(٤) انظر: د/ على محى الدين القرطادى - مبدأ الرضا فى العقود - مرجع سابق ص ١٠٩٣.

(٥) د/ وحيد تنين سوار - للتعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ٢٣٢، ص ٢٣٣.

السلع البسيرة كالبسكويت والحلوى والمشروبات الغازية، فهذا تبادل فعلي من غير لفظ. ومنها بل أشهرها أن يعطي المشتري للخباز مقدارا من النقود فيعطيه الخباز بها مقدارا من الخبز دون تلفظ بإيجاب وقبول ، وغير هذه الصور كثير (١).

### ثانيا : موقف الفقهاء من الاعتداد بالمعاطاة :

اختلفت آراء الفقهاء في الاعتداد بالمعاطاة بوصفه وسيلة للتعبير عن الإرادة فيما عدا عقد الزواج. فقد أجمع الفقهاء على أن عقد الزواج لا يجوز أن يتم بطريق المعاطاة.

وقد نقل هذا الإجماع الإمام القرافي في كتاب الفروق حيث جاء فيه : " .. فهذه نصوص العلماء على اختلافها لم يقل فيها أحد بالمعاطاة - في الزواج - كما قالوه في البيع " وسبب الاتفاق على عدم انعقاد النكاح بالتعاطي هو خصوصية هذا العقد وخطورته في نظر الإسلام واختلافه عن البيع في أمور كثيرة بينها القرافي ونذكرها لأهميتها (٢).

---

(١) أنظر د/ وحيد الدين موار - التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ٢٣٣، د/ محمد سلام مذكور - الوجيز للمدخل للفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ١٧١، د/ رمضان على السيد الشرنبلصي - المدخل لدراسة الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٣٦٤، د/ محمد سراج - نظرية العقد في الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٤٢.

ونشير إلى أن بعض الباحثين المعاصرين يستخدمون للتعبير عن المعاطاة لاصطلاح "التعاقد بالأفعال". وهذا - في نظري - اصطلاح غير دقيق ، لأننا علمنا أن من جملة الأفعال التعاقد بالكتابة أو الرسالة أو الإشارة، ومن ثم يكون اصطلاح "الأفعال" أو "التعاقد للفعلي" غير مناسب للتعبير عن المعاطاة ، لأنه ليس خاصا بها، وإنما يصح لو قصد به جميع الأفعال بحيث تقابل التعاقد باللفظ.

كما عبر عنه بعض الباحثين باصطلاح "البذل" بحجة أن لفظ المعاطاة يدل على الأخذ والعطاء من الطرفين . في حين أن ذلك ليس بلامزم للمعاطاة كما أن دلالة البذل مطلقة، سواء أكان من طرف واحد، أم من طرفين، أي إن اصطلاح "المعاطاة" في زعمه لا يشمل كل ما يحتويه موضوع التبادل الفعلي.

ونحن نفضل استخدام لفظ "المعاطاة أو التعاطي"، ذلك لأنه المصطلح الذي عرف به في كتب الفقه الإسلامي القديمة والمعاصرة ، ولأنه صار معلوما، معبرا عن معناه ، وذلك لكثرة استعماله في هذا المعنى. فنحن نفضل استعماله لاستقراره ولصوقه بذلك للصورة من صور التعبير عن الإرادة، وتمشيا مع لفظ الغالب الذي درج على استخدامه ، ولأنه إذا أطلق لفظ "المعاطاة" أو التعاطي فإنه ينصرف إلى معناه الحقيقي وهو كونه وسيلة للتعبير عن الإرادة، من خلال التبادل الفعلي للدال على الرضا من غير لفظ.

راجع في ذلك تفصيلا د/ على محي الدين القرطداغي - مبدأ الرضا في العقود - مرجع سابق ص ١٠٩٣.

(٢) ويستطرد الإمام القرافي في ذلك مبينا أن الفرق بين النكاح والبيع وغيره مبني على خمس قواعد : لقاعدة الأولى : أن الشهادة شرط في النكاح إما مقارنة للعقد كما قال الشافعي ، أو قبل الدخول كما ==



أما فيما عدا عقد الزواج فقد اختلف الفقهاء في انعقاده بالمعاطاة، ويمكن أن نجمل خلافتهم<sup>(١)</sup> في هذا الشأن في ثلاثة آراء نعرضها مع ألفتها بصورة موجزة فيما يلي :

السرأى الأول : وهو رأى المانعين من دلالة المعاطاة وعدم صلاحيتها للتعبير عن الإرادة مطلقا، فلا تصح في قليل ولا كثير.

وهذا هو المشهور فى المذهب الشافعي وهو رأى الظاهرية والإباضية ، والشيعية الزيدية فى وجهه، والشيعية الإمامية<sup>(٢)</sup>.

== قال مالك ، وعلى التقديرين فلا بد من نطق بشهد عليه فنه تزويج لا زنا وسفاح، والبيع لما لم يكن الإشهاد فيه شرطا جوزوا فيه المناولة — أى المعاطاة.

القاعدة الثلثية : أن قاعدة الشرع أن الشئ إذا عظم قدره شدد فيه وكثرت شروطه ، وبلغ أبعاده إلا بسبب قوى تعظيما لشأنه ، ورفعنا قدره.. فلتنكاح عظيم الخطر جليل المقدار لأنه سبب بقاء النوع الإنسانى المكرم المفضل على جميع المخلوقات، وسبب العقاق الحسم لمادة الفساد واختلاط الأنساب وسبب المودة والمواصلة والسكون وغير ذلك من المصالح، فلذلك شدد الشرع فيه فاشتراط الصداق والشهادة والولي وخصوص الألفاظ دون البيع.

القاعدة للثالثة : كل حكم شرعى لا بد له من سبب شرعى، وإباحة المرأة حكم فله سبب يجب تلقيه من السمع فما لم يسمع من الشرع لا يكون سببا وعلى هذه القاعدة اعتمد الإمام الشافعي فى قصر أو ضرورة انعقاد الزواج بلفظ الزواج والنكاح لأنهما اللذين ورد بهما فى الشرع. وهذا بخلاف البيع إذ لم يرد فيه من الشرع سبب مخصوص.

القاعدة الرابعة : الشرع قد ينصب خصوص الشئ سببا كالزوال وروية الهلال لوجوب الظهور ووجوب الصيام.. والنكاح عندنا من هذه القاعدة.

القاعدة الخامسة: يحتاط الشرع فى الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر من الخروج من الإباحة إلى الحرية، لأن التحريم يعتمد الفساد فيتعين الاحتياط له فلا يقدم على محل فيه المفسدة إلا لمسبب قوى يدل على زوال تلك المفسدة ، أو يعارضها ولم يجز النكاح بكل لفظ بل بما فيه قرب من مقصود النكاح لأنه خروج من الحرمة إلى الحل وجوزنا للبيع بجميع الصيغ والأفعال الدالة على الرضا بنقل الملك فى العوضين لأن الأصل فى السلع الإباحة حتى تملك بخلاف النساء ، فالأصل فيهن للتحريم حتى يعقد عليهن بملك أو نكاح .. ولعموم الحاجة إلى البيع. راجع الإمام للقرافى — الفروق — عالم الكتب بيروت — بدون تاريخ — ج ٣ ص ١٤٣ - ١٤٤ - ١٤٥.

(١) محل الخلاف فى هذا الشأن إذا لم توجد قرينة تدل على عدم الرضا، فإن وجدت لم ينعقد البيع باتفاق الفقهاء، انظر: د/ على مرعى — بحوث فى البيع — مرجع سابق ج ١ ص ١٢.

(٢) للنووى — المجموع — مرجع سابق — ج ٩ ص ١٤٩، ابن حجر الهيتمي — فتح الجواد بشرح الإرشاد — مرجع سابق ج ٢ ص ٢٨٢، الرملى — نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج — مرجع سابق ج ٣ ص ٣٧٥، ابن حجر الهيتمي — حواشى للشروائى والعبادى — مرجع سابق ج ٤ ص ٢١٦، ابن خطيب الدهشة — مختصر من قواعد العلاتى وكلام الإسنوى — مرجع سابق ج ٢ ص ٢٥٢، الزنجاني تخريج الفروع على الأصول — مرجع سابق ص ١٤٣، محمد بن يوسف أطفيش — شرح كتال النيسل وشفاء العليل — مرجع سابق ج ٨ ص ٢٠٥، أحمد بن يحيى المرتضى — البحر الزخار — مرجع سابق ج ٤ ص ٢٩٧، ابن حزم — المحلى — مرجع سابق ج ٨ ص ٣٥٠، العنملى — الروضة —

جاء في المجموع للنووي " .. المشهور من مذهبنا انه لا يصح البيع إلا بالإيجاب والقبول ولا تصح المعاوضة في قليل ولا كثير وبهذا قطع المصنف والجمهور " (١).

وجاء في كتاب البحر الزخار لابن المرتضى الزبيدي : " .. المعاوضة وهي المعاوضة لا بإيجاب وقبول وليست بيعا عندنا لعدم اللفظين " (٢).

وجاء في الروضة البهية : " .. وحيث كان البيع عبارة عن الإيجاب والقبول فلا يكفي المعاوضة، سواء في ذلك الجليل والحقير " (٣).

وقد استدل هؤلاء لمذهبهم في رفض الاعتداد بالمعاوضة مطلقا بالمعقول وهو أن الرضا الذي هو الأصل الذي تبني عليه العقود أمر خفي ، وضميم قلبي، لذلك اقتضت الحكمة رد الخلق إلى مرد كلي ، وضابط جلي يستدل به عليه ، وهو الإيجاب والقبول - أي اللفظ - الدالان على رضا العاقدین. وقد اعتبر للشرع رضا خاصا وهو الرضاء الذي يتضمنه الإيجاب والقبول (٤).

كما أن اسم البيع لا يقع على " المعاوضة "، ذلك لأن البيع في عرف الشرع كلام إيجاب وقبول، فأما التعاطي فلم يعرف في عرف الشرع بيعا؛ لأن الفعل لا يدل بوضعه على البيع (٥).

---

— البهية في شرح للمعة للدمشقية — مرجع سابق جـ ٣ ص ٢٢٢، الحلبي — شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام — مرجع سابق جـ ٢ ص ١٣ ، الطوسي — مسائل هامة من كتاب الخلاف — منشورات جامعة طهران سنة ١٣٤٤هـ ص ٢٨ ونقل هذا للرأي عن الشافعية أيضا، ابن رشد في بداية المجتهد ونهاية المقتصد — مرجع سابق جـ ٢ ص ٢١٦، للكسائي — بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٠٠ النموي — في حاشيته — جـ ٣ ص ٣.

(١) انظر : للنووي — المجموع — مرجع سابق جـ ٩ ص ١٤٩.

(٢) أحمد بن يحيى المرتضى — لبحر الزخار — مرجع سابق جـ ٢ ص ٢٩٧.

(٣) انظر : العلملي — الروضة البهية — شرح للمعة للدمشقية — مرجع سابق جـ ٣ ص ٢٢٢، ومثله الحلبي شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام — مرجع سابق جـ ٢ ص ١٣.

(٤) انظر : للزنجاني : تخريج القروع على الأصول — مرجع سابق ص ١٤٣-١٤٤، الرملي — نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج — مرجع سابق جـ ٣ ص ٣٧٥، العلملي — الروضة البهية في شرح للمعة للدمشقية — مرجع سابق جـ ٣ ص ٢٢٢.

(٥) انظر : للنووي — المجموع — مرجع سابق جـ ٩ ص ١٤٨، ابن حجر الهيتمي — حواشي للشررواني والعبادي — مرجع سابق جـ ٢ ص ٢١٦، ونظر أيضا للكسائي — بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٠٠ والخطاب — مواهب الجليل — مرجع سابق جـ ٢ ص ٢٢٨ ، الغزالي — إحياء علوم الدين — مرجع سابق جـ ٣ ص ٨٩، الطوسي — مسائل هامة من كتاب الخلاف — مرجع سابق ص ٢٨.

الرأى الثاني : يرى أنصاره أن المعاطاة يصح التعبير بها عن الإرادة فى الأشياء اليسيرة - القليلة  
أو الخسيسة ، ولا يصح فى الأشياء الكثيرة - النفيسة .

— وهو رأى الكرخي من الحنفية ، وابن سريج والغزالي من الشافعية ، ورأى عند  
الحنابلة ووجه عند الشيعة الزيدية<sup>(١)</sup>.

جاء فى تبیین الحقائق للزيلعي : " .. وزعم الكرخي انه ينعقد فى شئ خسيس " <sup>(٢)</sup>.

وفى المجموع للنووى : " .. وفيه وجه مشهور عن ابن سريج انه يصح البيع  
بالمعاطاة فى المحقرات " <sup>(٣)</sup>.

وفى الشرح الكبير على متن المقنع " .. وقال بعض الحنفية يصح فى خسائس  
الأشياء وهو قول القاضي " ، " .. وحكى عن القاضي مثل هذا قال : يصح فى الأشياء  
اليسيرة دون الكبيرة " <sup>(٤)</sup>.

والمراد بالنفيس ما كثر ثمنه، ويعبر عنه بالكثير، وذلك مثل العقارات والثياب  
النفيسة وأما الخسيس أو الحقير أو اليسير ، فهو ما قل ثمنه، مثل الخبز ، والبيض  
والبقل وسائر الأطعمة، وشراء الصحف والمجلات وما شابه ذلك<sup>(٥)</sup>.

---

(١) انظر : ابن عابدين من حاشية رد المحتار على الدر المختار — مرجع سابق ج٤ ص ١١ ، للزيلعي —  
تبیین الحقائق — مرجع سابق ج٤ ص ٤ ، أحمد الشلبي حاشيته مع تبیین الحقائق — المرجع السابق —  
ج٤ ص ٤ ، للهابرتي — شرح العناية على الهداية — مرجع سابق ج٥ ص ٧٧ ، ابن مودود الموصلي  
الاختيار لتعليل المختار — مرجع سابق ج٢ ص ٤ ، دماذ أفندي — مجمع الأنهر فى شرح ملتقى  
الأبحر — مرجع سابق ج٢ ص ٤ ، للنووى — المجموع — مرجع سابق — ج٩ ص ١٤٩ ، للغزالي  
— إحياء علوم الدين — مرجع سابق ج٣ ص ٨٩ ، ابن قدامة المقدسي — الشرح الكبير على متن المقنع  
— مرجع سابق ج٤ ص ٢١٠ ، الكاساني — بدائع الصنائع — مرجع سابق ج٥ ص ٢٠٠ ، المصياغي  
الحيمي — للروض للنضير شرح مجموع لفقه الكبير — دار الجيل — بيروت — بدون تاريخ ج٣  
ص ٢٠٤.

(٢) الزيلعي — تبیین الحقائق — مرجع سابق ج٤ ص ٤ ، ومثله ابن مودود الموصلي — الاختيار لتعليل  
المختار — مرجع سابق ج٢ ص ٤ .

(٣) النووى : للمجموع — مرجع سابق ج٩ ص ١٤٩ ، ابن خطيب الدهشة مختصر فى كلام العلائي  
وكلام الإسنوي — مرجع سابق ج٢ ص ٢٥٣ .

(٤) ابن قدامة المقدسي — الشرح الكبير على متن المقنع — مرجع سابق ج٤ ص ٢١٠ ، ابن قدامة —  
المغني — مرجع سابق ج٤ ص ٢١٠ .

(٥) انظر ابن عابدين — حاشيته — رد المحتار على الدر المختار — مرجع سابق ج٤ ص ١١ ، للغزالي —  
إحياء علوم الدين — مرجع سابق ج٣ ص ٨٩ ، أحمد الشلبي — حاشيته مع تبیین الحقائق — مرجع  
سابق ج٤ ص ٤ .

وأما معيار التفرقة بين النفيس والخسيس عند أنصار هذا الرأي فهو نصاب السرقة، فقل إن النفيس نصاب السرقة فصاعداً، والخسيس ما دون هذا النصاب وقيل هو نحو الخضر والفواكه والخبز، والأقرب في ذلك اتباع العرف والعادة<sup>(١)</sup>.

وقد استدل هؤلاء على مذهبهم في الاعتداد بالمعاطاة في الأشياء اليسيرة دون الكثيرة بالمعقول أيضاً، فقالوا إن الأشياء اليسيرة يتسامح فيها عادة فيغتفر فيها ما لا يغتفر في غيرها، كما أن الحاجة داعية إليه، والعموم ذلك بين الخلق، ولما يغلب على الظن بأن ذلك كان معتاداً في الأعصار الأولى. ولذلك قالوا ينعقد بالمعاطاة فيما جرت به العادة في الأشياء الخسيسة، ولا ينعقد فيما لم تجر به العادة<sup>(٢)</sup>.

جاء في المجموع للنووي: "وجه طريقة ابن سريج<sup>(٣)</sup> أن البيع كان معهوداً. قبل ورود الشرع، فورد ولم يغير حقيقته، بل علق به أحكاماً فوجب الرجوع فيه إلى العرف وكل ما كان عدوه بيعاً جعلناه بيعاً" \* <sup>(٤)</sup>.

الرأي الثالث: جواز التعاقد بالمعاطاة مطلقاً من غير تفرقة بين نفيس أو خسيس.

وهو رأي جمهور الفقهاء من المالكية والحنفية - عدا الكرخي - والحنابلة - عدا قول والشيعة الزيدية في وجهه، واختاره جماعة من أصحاب الشافعي<sup>(٥)</sup>.

---

(١) انظر: ابن عابدين - حاشيته رد المختار على الدر المختار - مرجع سابق ج ٤ ص ١١، أحمد الشلبي - حاشيته مع تبين الحقائق - مرجع سابق ج ٤ ص ٤، السياغي الحيمي - الروض للنضير شرح مجموع للفقهاء الكبار - دار الجبل - بيروت - بدون تاريخ - ج ٣ ص ٢٠٥، الكركي - جامع للعقائد في شرح للقواعد - تحقيق مؤسسة آل البيت لإحياء التراث - بيروت - الطبعة الأولى سنة ١٩٩١ ج ٤ ص ٥٩.

(٢) انظر: الغزالي - إحياء علوم الدين - مرجع سابق ج ٣ ص ٨٩، ابن مودود الموصلي - الاختيار لتعليل المختار - مرجع سابق ج ٢ ص ٤، للزليعي - تبين الحقائق - مرجع سابق ج ٤ ص ٤، ابن قدامة المقدسي - الشرح الكبير على متن المقنع - مرجع سابق ج ٤ ص ٢١٠، السياغي الحيمي - لروض للنضير شرح للفقهاء الكبار - مرجع سابق ج ٣ ص ٢٠٦.

(٣) أي في التفرقة في هذا الصدد بين الأشياء الخسيسة أو الحقيرة والنفيسة وتشير إلى أنه قد ذكر بعض العلماء أن ابن سريج أجاز المعاطاة مطلقاً دون أن يقيدتها بالمحقرات. انظر للنووي: المجموع - مرجع سابق ج ٩ ص ١٤٩.

(٤) راجع للنووي - المجموع - مرجع سابق ج ٩ ص ١٥٠.

(٥) للكلماني - بدائع الصنائع - مرجع سابق ج ٥ ص ٢٠٠، ابن عابدين - حاشيته رد المختار على الدر المختار - مرجع سابق ج ٣ ص ٣، للزليعي - تبين الحقائق - مرجع سابق ج ٤ ص ٤، ابن مودود الموصلي - الاختيار لتعليل المختار - مرجع سابق ج ٢ ص ٤، قاضيخان الفتاوى الخانية بهامش للفتاوى الهندية - مرجع سابق ج ٢ ص ١٢٧، ابن الهمام - شرح فتح القدير - مرجع =

جاء فى بدائع الصنائع : " وأما المبادلة بالفعل فهى التعاطي ويسمى هذا البيع بيع المراءضة، وهذا عندنا .ورواية الجواز فى الأصل مطلق عن هذا التفصيل وهى الصحيحة" (١).

وفى تبیین الحقائق : " التعاطي .. ولا فرق بين أن يكون المبيع خسيسا أو نفيسا" (٢).

وفى مواهب الجليل : " .. واختلفوا فى انعقاده بالمعاطاة، ومذهب مالك انعقاده بها مطلقا " (٣).

وفى كشف القناع : " .. الدلالة الحالية وهى المعاطاة تصح، وينعقد البيع بها فى القليل والكثير نص عليه وجزم به أكثر الأصحاب " (٤).

وفى المجموع للنووى : " .. ومن اختار من أصحابنا أن المعاطاة فيما يعد بيعا صحيحة وإن ما عده الناس بيعا فهو بيع.. صاحب الشامل .. والبغوي .. الرويانى .. وهذا هو المختار .." (٥).

---

-- سابق - ج ٥ ص ٧٧، دلماد أفندي - مجمع الأنهر - مرجع سابق ج ٢ ص ٥، الدسوقي - حاشية الدسوقي - مرجع سابق ج ٣ ص ٣-٤، الصاوي - لغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك - مرجع سابق ج ٢ ص ٣، ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد - مرجع سابق - ج ٢ ص ٢١٦، ابن فرحون - تبصرة للحكام - مرجع سابق ج ٢ ص ١١٨، الشيخ عليش - فتح العلي المالک فى الفتوى على مذهب الإمام مالك - مرجع سابق - ج ٢ ص ١٢٩، الحطاب - مواهب الجليل - مرجع سابق ج ٤ ص ٢٢٨، الخرخشي - شرح الخرخشي على مختصر خليل - مرجع سابق - ج ٣ ص ٣٦١ للعدوى - حاشية على كفاية الطالب الرباني - مرجع سابق ج ٢ ص ١١١، ابن قدامة المغني - مرجع سابق - ج ٤ ص ٢١٠، ابن قدامة المقدسي - الشرح الكبير على متن المقنع - مرجع سابق ج ٤ ص ٢١٠، البهوتي - كشف للقناع على متن الإقناع - مرجع سابق ج ٣ ص ١٤٦ وللبيهوتي أيضا : للروض المربع - مرجع سابق ج ٢ ص ١٨٤، الحجاوي - الإقناع فى فقه الإسلام أحمد بن حنبل - مرجع سابق ج ٢ ص ٥٦، ابن قدامة - للطرق الحكمية - مرجع سابق ص ١٧ القنوجي البخاري - للروضة الندية - مرجع سابق ج ٢ ص ٩٣، النووي - للمجموع - مرجع سابق ج ٩ ص ١٤٩.

(١) انظر : للكاساني - بدائع الصنائع - مرجع سابق ج ٥ ص ٢٠٠، ونكر ابن عابدين أيضا فى حاشيته : أن الإطلاق هو المعتمد - انظر ابن عابدين حاشيته رد المحتار - مرجع سابق ج ٤ ص ١١.

(٢) الزيلعي - تبیین الحقائق - مرجع سابق - ج ٤ ص ٤.

(٣) الحطاب - مواهب الجليل - مرجع سابق ج ٤ ص ٢٢٨.

(٤) البهوتي - كشف القناع - مرجع سابق ج ٣ ص ١٤٦، ونقله عن الحجاوي فى الإقناع - مرجع سابق ج ٢ ص ٥٦. حيث جاء فيه " الدلالة الحالية وهى المعاطاة تصح فى القليل والكثير" ابن مفلح - المبدع فى شرح المقنع - مرجع سابق ج ٢ ص ٦.

(٥) النووى - للمجموع - مرجع سابق - ج ٩ ص ١٤٩، ابن خطيب الدهشة - مختصر من قواعد العلائقي وكلام الإنسوى - مرجع سابق ج ١ ص ٢٥٣.

وقد استدل الجمهور على الاعتداد بالمعاطاة وسيلة للتعبير عن الإرادة بالمنقول والمعقول.

أما المنقول فمنه قوله تعالى : " إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " (١).

وجه الدلالة : أن التجارة عبارة عن جعل الشيء للغير ببذل ، وهو تفسير التعاطي. وإن حقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الأخذ والإعطاء، وإنما قول البيع والشراء دليل عليهما بدليل الآية الكريمة (٢).

ومنه أيضاً قوله سبحانه وتعالى : " أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فما ربحت تجارتهم وما كانوا مهتدين " (٣).

وجه الدلالة من الآية الكريمة — أطلق الله سبحانه وتعالى اسم التجارة على تبادل ليس فيه قول البيع ، وقال الله عز وجل : " إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة " (٤) . فقد سمى الله سبحانه وتعالى مبادلة الجنة بالقتال في سبيل الله تعالى اشتراء وبيعا لقوله تعالى في آخر الآية : " فاستبشروا ببيعكم الذي بايعتم به " . وإن لم يوجد لفظ البيع، وإذا ثبت أن حقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الأخذ والإعطاء فهذا يوجد في الأشياء الخسيسة والنفيسة جميعا فكان التعاطي في كل ذلك فكان جائزا (٥).

ومنه أيضاً قوله تعالى : " وأحل الله البيع " (٦).

وجه الدلالة من الآية الكريمة أنها دللت على حل البيع بالمعاطاة لتحقيق معنى المبادلة فيها، فالحل تعالى أحل البيع، ولم يثبت في الشرع لفظ له، فوجب الرجوع إلى العرف فكل ما عده الناس بيعا كان بيعا من غير حتم بأن يكون بلفظ

---

(١) سورة النساء ، آية [٢٩].

(٢) أنظر : الكسائي — بدائع الصنائع — مرجع سابق — ج ٥ ص ٢٠١ ، الحطاب — مواهب الجليل — مرجع سابق ج ٤ ص ٢٢٨ ، الكركي — جامع المقاصد في شرح القواعد — مرجع سابق — ج ٤ ص ٥٧.

(٣) سورة البقرة ، آية [١٦].

(٤) سورة التوبة ، آية [١١].

(٥) راجع في ذلك تفصيلا للكسائي — بدائع الصنائع — مرجع سابق — ص ٢٠١.

(٦) سورة البقرة ، آية [٢٧٥] .

معين<sup>(١)</sup>.

وأما المعقول فإنه لم ينقل عن النبي - صلى الله عليه وسلم - ولا أصحابه مع كثرة وقوع البيع بينهم استعمال الإيجاب والقبول، ولو استعملوا ذلك في بياعاتهم لنقل نقلا شائعا، ولو كان كذلك شرطا لوجب نقله، ولم يتصور منهم إهماله والغفلة عن نقله، ولأن البيع مما تعم به البلوى فلو اشترط له الإيجاب والقبول ليبينه الرسول - صلى الله عليه وسلم - بيانا عاما ولم يخف حكمه؛ لأنه يفضى إلى وقوع العقود الفاسدة كثيرا وأكلهم المال بالباطل. فالتناس من لدن النبي - صلى الله عليه وسلم - وإلى يومنا هذا مازالوا يتعاقدون في مثل هذه الأشياء بلا لفظ، بل بالفعل<sup>(٢)</sup>.

الدال على المقصود. كما استلوا كذلك بأن جواز البيع - والتعاقد عامة - إنما هو باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ، وقد وجد للتراضي من الجانبين - بالمعاطاة فوجب أن يجوز<sup>(٣)</sup>.

كما أن الأفعال، وإن انتفت منها الدلالة الوضعية - وفقا لما يراه المانعون، ففيها دلالة عرفية، وهي كافية، إذ المقصود من التجارة إنما هو أخذ ما في يد غيرك بدفع عوض عن طيب نفس منكما، فتكفي دلالة العرف في ذلك على طيب النفس والرضا بقول أو فعل، وإن كان ذلك الفعل معاطاة<sup>(٤)</sup>.

---

(١) انظر النووي : المجموع - مرجع سابق ج٤ ص ٩٠ ، ١٥٠ ، الكركي - جمع المقاصد في شرح القواعد - مرجع سابق ج٤ ص ٥٧ ، وانظر أيضا د/ علي مرعي - بحوث في التبيوع - مرجع سابق ج١ ص ١٢.

(٢) انظر : ابن قدامة - المغني - مرجع سابق ج٤ ص ٢١٠-٢١١ ، ابن مفلح - المبدع في شرح المقنع - مرجع سابق ج٤ ص ٦ ، ابن تيمية - القواعد النورانية - مرجع سابق ص ١٠٤ ، الإسلام الغزالي إحياء علوم الدين - مرجع سابق ج٣ ص ٨٩.

(٣) انظر : الزيني - تبين الحقائق - مرجع سابق ج٤ ص ٤ ، الكسائي - بدائع الصنائع - مرجع سابق ج٤ ص ٢٠٠ ، دلمد أفندي - مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر - مرجع سابق ج٢ ص ٥ ابن قدامة المقدسي - الشرح الكبير - مرجع سابق ج٤ ص ٢١٠ ، ج٦ ص ٣٦٦ ، ابن مفلح المبدع في شرح المقنع - مرجع سابق ج٤ ص ٦ ، القوجي البخاري - الروضة للتنية - مرجع سابق ج٢ ص ٩٣.

(٤) انظر الخطاب - مواهب الجليل - مرجع سابق ج٤ ص ١٢٢ ، والدلالة الوضعية هي التي تكون الدلالة فيها ناشئة عن الوضع والاصطلاح سواء أكانت غير لفظية كدلالة وضع المصباح الأحمر على الخطر أو كانت وضعية لفظية أي أن الدال فيها لفظ أو صوت كدلالة الألفاظ على معانيها اللغوية التي وضعت لها. أما الدلالة العرفية فهي الدلالة الناشئة عن العرف وهو ما استقر في النفوس من جهة العقل وتلقته الطباع السليمة بقبول ويكون بناءا على ذلك معنى كلام الخطاب : " أنه إذا كانت الأفعال من =

## المناقشة والترحيج :

وبعد .. فقد عرضنا لموقف الفقهاء من الاعتداد بالمعاطاة كوسيلة للتعبير عن الإرادة، وعلمنا أن الفقهاء بصدها في غير عقد الزواج انقسموا إلى ثلاثة مذاهب الأول المنع مطلقا، والثاني الاعتداد بها في الأشياء اليسيرة ، والثالث الجواز مطلقا، ومن خلال عرضنا لأئمة هذه المذاهب تبين لنا أن الراجح هو مذهب الجمهور الذي يقضي بجواز المعاطاة مطلقا من غير تفرقة بين يسير وكثير، وذلك لقوة أدلتهم ولأنه يتفق مع مقتضيات العصر ومتطلبات الظروف وحاجة الناس.

ومما يدعو إلى ترجيح رأى الجمهور أيضا، أن القول بضرورة التعبير عن الإرادة دائما بالإيجاب والقبول، وعدم صلاحية المعاطاة لذلك، يؤدي إلى الإيقاع في الحرج والمشقة، إذ إن مقتضى المنع يحتم على المرء كلما ركب سيارة أو قطارا أن يعقد عقد إيجارة بإيجاب وقبول أو بكتابة، وكذلك كلما هم لشراء جريدة أو مجلة، أو طعام يحتم عليه أن يعقد عقد بيع، وهذا غير مستساغ وتأباه قواعد الشريعة الإسلامية التي بنيت على التخفيف والتيسير على الناس ورفع الحرج والمشقة عنهم<sup>(١)</sup>.

بالإضافة إلى أننا لو نظرنا إلى الواقع العملي، وما يجري في مجال التعاملات المالية، لوجدنا أن المعاطاة — في الأغلب الأعم — يتم التعامل بها فيما يتعلق بالأشياء اليسيرة التي لا تحتاج إلى إجراء التعاقد بشأنها باللفظ أو الكتابة ، فهذه الأشياء بطبيعتها تقبل المعاطاة.

---

— جهة ما وضعت له لا تغيد للرضا إلا أن العرف يخلع عليها تلك الدلالة \* . راجع في ذلك الدلالة والعرف على سبيل المثال : الجرجاني — التعريفات — مرجع سابق ص ١٣٩ - ١٤٠، د/ أحمد فهمي أبو سنة — العرف والعادة — من رأى الفقهاء — مرجع سابق ص ٨ ، صبحي محمدي — فلسفة التشريع في الإسلام — مرجع سابق ص ٢٣٦، د/ أحمد محمد الحصري — لقواعد الكلية للفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ٢٤٦-٢٤٩، د/ عثمان محمد عثمان — مناهج الأصوليين في الدلالات وأثارها في الأحكام الفقهية — رسالة دكتوراه قدمت لكلية الشريعة والعلوم جامعة الأزهر بالقاهرة ص ٤٤، د/ جلال الدين عبد الرحمن — منكرة في أصول الفقه ما يتعلق بالكتاب من دلالات — النسر الذهبي للطباعة سنة ١٩٩٩ ، ص ١١١ ، د/ عبد العزيز عبد الحفيظ محمد سليمان — دراسات في أصول الفقه ج ١ ص ١٧٥.

(١) أنظر : د/ محمد مصطفى شلبي — نظام المعاملات في الفقه الإسلامي ص ٢٦٠-٢٦١، د/ رمضان على السيد الشرنبلسي — المنخل لدراسة الفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ٣٦٦، د/ عبد العزيز عزلم — قواعد للفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ٢٥٤.



أما الأشياء النفيسة أو الكثيرة الشأن والقيمة، كالعقارات والسيارات وما شابه ذلك من المحال نوات القيمة الكبيرة فعادة ما يتم التعاقد بشأنها بغير المعاطاة، سواء أكان ذلك بيعاً أم إجارة أم غير ذلك .

وهذا يعني أن العادة حاکمة فى هذا الصدد، فإن جرت عادة الناس بالتعاقد بالمعاطاة فى الجليل - الكثير - والحقير - اليسير - انعقد فيهما، وإن لم تجر العادة بذلك فيهما فلا ينعقد. وإن جرت فى الحقير دون الجليل انعقد به فى الأول دون الثانى. والحاصل أن العادة ما جرت قط بالمعاطاة فى الأشياء الجليلة كالعقارات ونحوها<sup>(١)</sup>.

ولذلك نص الفقهاء على أن كل ما عده الناس بيعاً فهو بيع ، ومحل أجزاء المعاطاة حيث أفادت فى التعرف يعنى إذا جرى التعرف بذلك<sup>(٢)</sup>.

ويفهم من ذلك انه فى الواقع لا خلاف بين مذهب الجمهور ، ومذهب القائلين بجوازها فى اليسير دون الكثير. لكن لا مانع من التعبير بها فى جميع العقود - عدا النكاح - طالما لم توجد قرينة على عدم الرضا والإفلا . والقول بجواز المعاطاة مطلقاً هو الرأى الراجح عند جمهور الفقهاء القدامى والمعاصرين، وهو ما أخذت به مجلة الأحكام العنلية فى المادة [١٧٥] والتي جاء فيها.. " حيث إن القصد الأصل من الإيجاب والقبول هو تراضى الطرفين فينعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ، ويسمى هذا بيع التعاطي " <sup>(٣)</sup>.

---

(١) الشيخ عليش - فتح العلي لملك فى الفتوى على مذهب الإمام مالك - مرجع سابق جـ ٢ ص ١٢٩، وهو قول ابن سريج من الشافعية ، انظر لتنوي - المجموع - مرجع سابق جـ ٩ ص ١٥٠ .

(٢) الصاوي - بلغة المالك لأقرب المسالك - مرجع سابق - جـ ٢ ص ٣، ابن قدامة - المغني - مرجع سابق جـ ٢ ص ٢١٠، تنوي - المجموع - مرجع سابق - جـ ٩ ص ١٤٩ .

(٣) انظر سليم رستم باز - شرح المجلة - مرجع سابق م (١٧٥) ص ٧٩، محمد الحسيني آل كاشف الغطاء - تحرير المجلة - مرجع سابق - للمجلد الأول م (١٧٥) ص ١٥٢ ، وجاء فى مرشد الحيران أيضاً فى المادة (٣٤٧) : " منه " يصح انعقاد البيع بالقتال والتعاطي ولو من أحد الجانبين بعد بيان التمسك فيما يكون ثمنه غير معلوم ما لم يصرح البائع مع التعاطي بعدم الرضا " . انظر / محمد قري بشا - مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان - مرجع سابق - ص ٩٠ مادة (٣٤٧) .

وهو أيضا ممتلك معظم قوانين الدول العربية التي صرحت بذلك مثل قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، والتقنين المدني الكويتي، والعراقي، والسوداني والأردني ، وهو ممتلك القانون المدني المصري أيضا وإن لم يصرح بلفظ التعاسي أو التبادل الفعلي<sup>(١)</sup>.

---

(١) جاء في المادة (١٣٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي : "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة.. أو بالمبادلة الفعلية للدالة على التراضي.. وفي المادة [٣٤] من التقنين المدني الكويتي أيضا : "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة الشائعة الاستعمال أو بالمبادلة الفعلية للدالة على التراضي". ومثل ذلك في المادة [٧٩] من التقنين المدني العراقي والمادة [١/٣٥] من التقنين المدني السوداني والمادة [٩٣] من التقنين المدني الأردني فقد صرحت هذه القوانين بجواز التعاقد والتعبير عن الإرادة بصفة عامة بالمبادلة الفعلية - المعاطاة - الدالة على التراضي . راجع في ذلك قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة - مرجع سابق ص ١٠٣، مادة [١٣٢]، ود/ عبد المنعم فرج الصدة - نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - مرجع سابق ص ١٧١-١٧٢، د/ عبد الناصر العطار - نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - مرجع سابق - ص ٣٥، وما بعدها، د/ مصطفى الجمال - القانون المدني في توبه الإسلامي - مصادر الالتزام - مرجع سابق ص ٦٤.

## المطلب الثاني

### الفرق بين التعبير بالمعاطاة والتعبير بالسكوت

قبل أن نبين وجه الشبه والخلاف بين التعبير عن الإرادة بالمعاطاة والتعبير عنها بالسكوت. يجب أن نوضح أن هناك فارقاً بين المعاطاة — بمعناها الذى أوضحناه سابقاً — وصورة من صور التعبير عن الإرادة قريبة الشبه بها. وهى صورة القبول الفعلي بعد صدور الإيجاب لفظاً، أو كتابةً أو إشارةً — ويتحقق ذلك بقول البائع بعثك هذا الشيء بألف فيقبضه المشتري من غير لفظ، فهذا القبض يعد قبولاً من المشتري وليس ذلك من قبيل التعاطي لأن الأخير ليس فيه إيجاب ولا قبول، بل قبض بعد معرفة الثمن، ومثله أيضاً أن يقول له كل هذا الطعام بكذا فأكله من غير لفظ، وهنا تم البيع وأكله حلال وكذلك الركوب واللبس بعد قول البائع: اركبها بمائة، والبسه بكذا رضا بالبيع. فهذه صور للبيع تختلف عن بيع التعاطي؛ لأنه ليس فيه إيجاب<sup>(١)</sup>. وقد علمنا أن التعاطي يتم بالتبادل الفعلي من غير لفظ بإيجاب وقبول.

فالعقد فى مثل هذه الصور ليس عقداً بطريق المعاطاة، وإنما هو عقد أحد شطريه تعبير ضماني بعد التلطف بالإيجاب<sup>(٢)</sup>.

وأما عن وجه الشبه والخلاف بين التعبير بالمعاطاة، ودلالة السكوت فإنهما يشبهان من جهة خلوهما عن اللفظ، فكلاهما تعبير عن الإرادة بطريق غير صريح. فقد علمنا أن السكوت موقف سلبي مجرد غير مصحوب بقول ولا فعل، كما أن التعاقد بالمعاطاة يتم من غير لفظ، وإنما يتم بالتبادل الفعلي بين المتعاقدين.

ومن هنا أيضاً يبرز وجه الخلاف بينهما المتمثل فى أن التعبير عن الإرادة بالمعاطاة لا يتضمن لفظاً بإيجاب وقبول إلا أنه يتم من خلال فعل — من المتعاقدين تكون له دلالة الرضا على التعاقد، ومن هنا يتميز التعاقد بالمعاطاة، عن التعبير عن الإرادة بالسكوت. حيث إن السكوت — كما قلنا — موقف سلبي لا يصحبه قول ولا فعل. والمعاطاة وإن لم يصحبها قول فإنها تتم من خلال فعل، أى تتضمن دلالة فعلية تتمثل فى مبادلة فعلية لمحل التعاقد. دالة على الرضا.

(١) انظر فى ذلك ابن الهمام — شرح القدير — مرجع سابق — ج ٥ ص ٤٧.

(٢) راجع د/ وحيد الدين سوار — التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ٢٣٧.

وهكذا فالسلبية في المعاطاة مقصورة على عدم اللفظ فقط، أما في السكوت فإنها سلبية مطلقة حيث لا يصحبها قول ولا فعل، وإنما تستشف الإرادة من خلال ظروف خارجية تصاحب هذا الموقف السلبي. فليس ثمة أخذ وإعطاء في دلالة السكوت بل دلالة السكوت من خلال موقف معين<sup>(١)</sup>.

وجه آخر للفرقة بين التعبير بالمعاطاة، والتعبير بالسكوت ، وهو أن السكوت — بالاتفاق — لا تكون له دلالة على الإيجاب. أما المعاطاة ، فهي وسيلة للتعبير عن الإرادة في شقيها الإيجاب والقبول على حد سواء.

---

(١) انظر : د/مضان على السيد الشرنباصي — السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية — مرجع سابق ص ١٥٤.

## المطلب الثالث

### التكييف الفقهي للتعبير بالمعاطاة

من خلال دراستنا للمعاطاة بوصفها وسيلة للتعبير عن الإرادة بان لنا أنها وسيلة من وسائل التعبير بطريق الدلالة الفعلية عن الإرادة، غير أنها وسيلة ذات طابع خاص يميزها من غيرها من وسائل التعبير بطريق الدلالة. التي سنبينها بعد ذلك.

ويتجلى الطابع الخاص للمعاطاة في أنها وسيلة خاصة ببعض أوجه التعبير عن الإرادة، بحيث لا تستوعبها كافة، فقد علمنا أنها لا تصلح مطلقا للتعبير عن الرضا في عقد الزواج، وذلك باتفاق الفقهاء على نحو ما بينا سابقا . هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى فإن مقتضى المعاطاة أن يتم البذل والإعطاء من المتعاقدين أو من أحدهما، ولئن كان الأمر كذلك فإنه يخرج من إطار المعاطاة ما عدا ذلك من وجوه التعبير الإرادة والتعاقد مما لا يتضمن الأخذ والإعطاء، كالإعلان عن وظيفة مثلا، أو الوعد بالبيع والشراء ، أو الوعد بالتعاقد عموما<sup>(١)</sup>، أو الوعد بجائزة، وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي بالجعل<sup>(٢)</sup>، وغير ذلك من وجوه التعبير عن الإرادة التي تأتي بطبيعتها أن يعبر عن الرضا بشأنها بدلالة المعاطاة.

---

(١) والوعد بالتعاقد في القنون - بمعنى الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بغيرم عقد معين في المستقبل حينما ينصح الموعد له عن رغبته خلال الموعد المحدد اتفاقا. وهو قد يكون ملزما لجانب واحد حين يعد أحد الطرفين ويسمى الواعد - الآخر - الموعد له. بإبرام العقد دون أن يلتزم الموعد له. وقد يكون الوعد ملزما للجانبين فيكون كل من الطرفين واعدا وموعودا له. فظهر في ذلك : د/ سليمان مرقس - لواق في شرح القنون المدني ج١ نظرية العقد والإرادة المنفردة - الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٦ ص ٢٠٨ وما بعدها، د/ عبد الفاصر العطار - نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية - مرجع سابق ص ٨٢ وما بعدها، د/ عبد المنعم فرج تودة - نظرية العقد في الشريعة الإسلامية - والقانون الوضعي - مرجع سابق ص ٣٠٠ ، وما بعدها د/ جلال العلوي - أصول الالتزامات - مصادر الالتزام - مرجع سابق ص ٢٢٤، د/ نبيل إبراهيم مسعد - النظرية العامة للالتزام ج١ - مصادر الالتزام - مرجع سابق ص ١٣٣.

(٢) والجعل في اللغة هي ما يعطيه الإنسان لغيره نظير عمل معين يقوم به كالجعل وفي الاصطلاح: عرفها المالكية بأنها : " التزام أهل الإجارة أى المتأهل لعقدنا - جعلنا - أو عوضا - علم لتحصيل أمر يستحقه السامع بالتملم. أنظر : النسوقي - حاشية النسوقي - مرجع سابق ج١ - ص ٦٠، النسوقي - بلغه السالك - مرجع سابق ج١ - ص ٢٩١، ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد - مرجع سابق ج١ - ص ٣٠١، وعرفها الخنابلة بأنها : " أن يجعل جائز للتصرف شيئا معلوما لمن يعمل له عملا معلوما أو مجهولا في مدة معلومة أو مجهولة " . أنظر البهوتي - الروض المربع - مرجع سابق ج١ - ص ٢٦١، والجعل : إجارة على منفعة مظلون حصولها وتختلف عن الإجارة في ثلاثة أوجه : =

ونظرا لهذا الطابع الخاص للتعبير عن الإرادة بالمعاطاة، فلا يمكن من ناحية إحاقها بوسائل التعبير الصريح كاللفظ وما يقوم مقامه من كتابه ورسالة أو إشارة، ذلك لأن تلك الوسائل الصريحة تدل على الإرادة بذاتها .

أما المعاطاة فليست كذلك في جميع حالاتها — لاحقا — إذ يشترط للاعتداد بها — بجانب الأخذ والإعطاء — أن تستند إلى رضا لا يرقى إليه الشك<sup>(١)</sup>، يستخلص من ملابسات العقد<sup>(٢)</sup>، وليس ذلك فحسب ، بل لابد أن يكون رضا معتد به شرعا .

وعلى ذلك ، فلا تصحح " المعاطاة " المعاملة الفاسدة . فلو اتفقا على قرض ربوي وتقابضاه لم يصح ، وكذا لو اتفقا على مضاربة فاسدة لقسمة الربح المستحق للمضارب أو لصاحب المال وتحديد مبلغ معين كألف أو ألفين مثلا لم يصح هذا التعامل إلى الصحة بمجرد للتقاضي أى بالمبادلة الفعلية التي هي للمعاطاة. أى إنه إذا

---

— الأول: إن المنفعة لا تحصل لتجامل إلا بتملم العمل، الثاني: إن العمل في الجمل قد يكون معلوما وغير معلوم، إنه لا يجوز شرط تقديم الأجرة في الجمل — أنظر ابن جزى — القوانين الفقهية — مرجع سابق ص ١٨٢ . وعرفها بعض الفقهاء المعاصرين بأنها " التزام مال معلوم نظير عمل معين معلوم أو لايمته جهاله: ومثاله أن يقول شخص من نقل متاعي هذا إلى مكان كذا فله مبلغ كذا من المال أو يقول من رد على فرسي الضال فله كذا ومنها التزام مكافأة لأوئل الناجحين. ومنها ما يفرضه الرئيس مثلا على نفسه من جائزة للفائز الأول من المتسابقين فيما يحل فيه للمباراة .

أنظر في ذلك على سبيل المثال على الخفيف أحكام للمعاملات الشرعية — مرجع سابق ص ٤٢٣ ، د/ محمد يوسف موسى — الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ٢٧٦ ، د/ أحمد فراج حسين — الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية — مرجع سابق ص ١٩٣ ، د/ رمضان على السيد الشرنبلسي ، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ٢٨٨ ، د/ لاشين محمد يونس الغياتي — الإرادة المنفردة كمصدر الالتزام — مرجع سابق — ص ٨٧ وما بعدها. وتقابل لتجامل في الفقه الإسلامي ما يعرف " بلوعد بجائزة " في القانون الوضعي والمنصوص عليه في المادة [٢/١٦٢] من القانون المدني والتي يقصد بها " توجيه للجمهور تعبير عن الإرادة مضمونة منح جائزة لمن يقوم بعمل معين " . وهذا كثيرا ما نصلفه في إعلانات في الصحف أو غيرها من وسائل الإعلام تتضمن رسدا لجائزة لمن يعثر على شيء أو حيوان ضائع أو لمن يدلي بمعلومات تؤدي إلى الكشف عن جريمة أو عن مجرم هارب . أنظر في ذلك د/ لاشين الغياتي — الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام — مرجع سابق — ص ٨٩ ، د/ نبيل إبراهيم سعد — النظرية العامة للالتزام ج ١ مصادر الالتزام — مرجع سابق ص ٣٥٩ ، د/ محمد على عمران، د/ حسين النوري — مبادئ العلوم القانونية — مرجع سابق ص ٣٢٩ .

(١) أنظر : الصلوي — بلغة السالك — مرجع سابق ج ٢ ص ٣ ، الأبى — جواهر الأكليل شرح مختصر خليل — دار الفكر — بيروت — بدون تاريخ ج ٢ ص ٢ .

(٢) أنظر : د/ وحيد الدين سولر — لتعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ٢٣٤ ، د/ عبد الحميد البعلبي — ضوابط العقود — مرجع سابق — ص ١٠٤ ، د/ على مرعي — بحوث في البيع — مرجع سابق ج ١ ص ١٢ .

كان التعاطي مجرد تنفيذ لعقد سابق وكان هذا العقد باطلا أو فاسدا انعدمت قيمتها<sup>(١)</sup>.

ويرجع تشدد الفقهاء في اشتراط الرضا المعتبر شرعا إلى أن الاعتداد بالمعاطاة بوصفه وسيلة للتعبير عن الإرادة يعد خروجاً عن الأصل المقرر في هذا الصدد وهو اللفظ، كما أن هناك من الفقهاء من يمنع الاعتداد بالمعاطاة أصلاً. فإذا أجزى التعاقد بها فلا بد أن يكون ذلك بشرط توافر الرضاء الذي لا شك فيه<sup>(٢)</sup>.

كما لا يمكن — من ناحية ثانية — إلحاقها — بالمعاطاة — بغيرها من وسائل التعبير بطريق الدلالة، ولا بغيرها من الأفعال التي تدل على الإرادة بالرغم من أن المعاطاة من قبيل الدلالات الفعلية<sup>(٣)</sup>، وذلك لما ذكرناه في خصوصية المعاطاة وقصر صلاحياتها على ما يناسبها من أوجه الإرادة.

لكل ما تقدم ، رأيت أنه من المناسب إفراد " المعاطاة " بمبحث مستقل خاص بها، وعدم إدراجها ضمن وسائل التعبير الصريح التي تكلمنا عنها سابقاً، وكذلك عدم إدراجها ضمن وسائل التعبير " دلالة " التي سنبينها لاحقاً.

---

(١) انظر في ذلك : د/ وحيد الدين سوار — التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ٢٣٤  
د/ عبد الحميد اللبلي — ضوابط العقود — مرجع سابق ص ١٠٤، د/ محمد سراج — نظرية العقد في الفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ٤٣.

(٢) انظر : د/ وحيد الدين سوار — التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ٢٣٤.

(٣) التعبير بالمعاطاة يمكن أن يكون صريحا إذا كان ذلك سلوكاً مألوفاً لدى الناس يدل على الرضا بوضوح مثل عرض التاجر بضاعته مع بيان أمانتها على الجمهور ووقوف سيارات الأجرة في المواقف المعدة لها وقد يكون ضمناً إذا كان المظهر الذي اتخذته ليس في ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة لكن يمكن فهم الإرادة من خلاله مثل التصرف الفعلي في سلعة عرضت عليه لشرائها وهكذا. فالمعاطاة لها طبيعة خاصة. أنظر : د/ محي الدين القرطبي — مبدأ الرضا في العقود — مرجع سابق ص ١١١٥. وهذا الكلام يؤكد لطابع الخاص للمعاطاة ويؤيد إفرادها بالمبحث.

## المبحث الثالث

### السكوت والتعبير بطريق الدلالة

ذكرنا فيما سبق أن التعبير عن الإرادة قد يتم بوسيلة صريحة كاللفظ الصريح وما يقوم مقامه، كما يمكن أن يتم من خلال المعاطاة أو التبادل الفعلي تلك الوسيلة الخاصة من طرق التعبير عن الإرادة. وأخيراً يمكن أن يتم التعبير عنها بطريق الدلالة أو ما يعرف في القانون للوضعي بالتعبير الضمني .

وسوف نتعرف على ذلك في هذا المبحث من خلال بيان المقصود بالتعبير بطريق الدلالة، وعرض أمثلة لذلك وبيان أوجه الشبه والخلاف بينها وبين التعبير بالسكوت.

وعلى ذلك سنقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية :

المطلب الأول : المقصود بالتعبير بطريق الدلالة .

المطلب الثاني : نطاق اعتبار الدلالة.

المطلب الثالث : الفرق بين التعبير دلالة والتعبير بالسكوت.

المطلب الرابع : أساس اعتماد التعبير دلالة.

\* السكوت والإذعان.



## المطلب الأول

### المقصود بالتعبير بطريق الدلالة

تمهيد :

يستخدم اصطلاح " التعبير دلالة " أو بطريق " الدلالة " فى الفقه الإسلامى فى معرض الحديث عن التعبير عن الإرادة بصورها المختلفة مقابل اصطلاح "التعبير صراحة " أو " التعبير الصريح " .

ذلك لأن الفقه الإسلامى يقسم وسائل التعبير عن الإرادة إلى وسائل صريحة وهى اللفظ الصريح، وما يقوم مقامه وينوب عنه فى ذلك كتابة، أو رسالة، أو إشارة على نحو ما بينا سابقاً. فتلك الوسائل تعبر عن الإرادة تعبيراً صريحاً أو مباشراً، بحيث تدل كل من هذه الوسائل على الإرادة بذاتها من غير حاجة إلى استنتاج من ظروف أو ملابسات أو غير ذلك<sup>(١)</sup>. وفى ذلك يقول صاحب التاج المذهب الزيدى : " وأعلم انه البيع - يصح بالكتابة والرسالة ويكون صريحاً فى البيع.. وفى موضع آخر " . ويصح البيع والشراء بالكتابة من الصحيح والأخرس ويكونا صريحين فى ذلك وكذا بالرسالة<sup>(٢)</sup>.

ويقابل هذه الوسائل الصريحة، وسائل التعبير دلالة، وهى الوسائل التى لا تكشف بذاتها عن الإرادة، وإنما يستدل عليها من خلال الاستنتاج والنظر<sup>(٣)</sup>.

---

(١) انظر صبحي محمضانى - النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية - ج ٢ - سنة ١٩٤٨، د/ عبد المجيد عبد الحكيم - الوسيط فى نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين النظريات الفقه الغربى وما يقابله فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى العراقى - شركة الطبعة والنشر الأهلية بغداد سنة ١٩٦٧ ج ١ ص ١٢١، د/ مصطفى أحمد الزرقا - الفقه الإسلامى فى نوبه الجديد - مرجع سابق - ج ١ ص ٣٢٦، د/ عبد الناصر العطار - نظرية الالتزام فى الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية - مرجع سابق ص ٣٧ وما بعدها، د/ عمر السيد أحمد عبد الله - إبرام العقد فى قانون المعاملات المدنية الإماراتى - مرجع سابق ص ٢٦، محمد أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية - مرجع سابق ص ٢٣٦، د/ محسن البيه - مشكلتان متعلقتان بالقبول - للسكوت والإذعان - مرجع سابق ص ١١١، د/ مصطفى الجمال - السعى إلى التعاقد فى القانون المدنى بمنشورات الحلبي للحقوقية - بيروت - لبنان - الطبعة سنة ٢٠٠١ ص ٥٩.

(٢) انظر : العنسى - التاج المذهب لأحكام المذهب - مرجع سابق ص ٣٠٩، ص ٣١٧ .

(٣) د/ عبد الهادي العطاوى - صور فى طرق التعبير عن الإرادة فى القانون الإنجليزى والتغيين المدنى السودانى - مرجع سابق ص ٥٨ وما بعدها.

فالتعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي قد يتم بوسيلة صريحة وهنا يكون التعبير صريحا، وقد يتم بوسيلة غير صريحة وهنا يكون التعبير دلالة.

لذلك فإن الناظر في كتب الفقه الإسلامي كثيرا ما يجد عبارة " أن الرضا يقع صراحة ودلالة " ويستخدم الفقهاء هذه العبارة في كل موقف تكون للإرادة دور فاعل فيه سواء أكان لتعقاد عقد أم فسخه أم رجوعا فيه ، أم غيره من وجوه التعبير عن الإرادة كالإذن ، أو الإقرار ، أو الإجازة ، أو الإسقاط أو نحو ذلك.

وسوف نبين معنى الدلالة ونورد بعض تطبيقاتها في الفرعين التاليين .

## الفرع الأول

### المقصود بالدلالة

والمقصود بالدلالة عند علماء الأصول : " فهم أمر من أمر " أو هي : " كون الشيء بحيث متى فهم يفهم منه شيء آخر ، سواء أفهم هذا الآخر فعلا أم لا " <sup>(١)</sup>. أو هي ما يتوصل بصحيح للنظري فيها إلى الظن " <sup>(٢)</sup>.

وهذا يعني كون الشيء سواء أكان لفظا أم غيره متلبسا بحال معينة أو صفة خاصة، بحيث متى فهم بهذه الحالة أو تلك الصفة أدى ذلك إلى فهم شيء آخر. والشيء الأول هو الدال والثاني هو المدلول ، وقد يطلق على كل من الشئيين دال ومدلول باعتبارين كالنار والدخان فإن كلا منهما دال على الآخر وهو مدلول له.

وقد عرفها بعض الباحثين بأنها : " هي كون الشيء بحال يفيد الغير علما بشيء معين " ، كدلالة للمصنوعات على وجود الصانع، ودلالة الحمرة في الوجه على الخجل

---

(١) انظر ذلك : ابن أمير الحاج - التقرير والتحرير - مرجع سابق ج١ ص ٩٩، د/ عثمان محمد عثمان - مناهج الأصوليين في الدلالات وآثارها في الأحكام الفقهية - رسالة دكتوراه - جامعة الأزهر بالقاهرة ص ٤٤، د/ جلال الدين عبد الرحمن - مذكرة في أصول الفقه وما يتعلق بالكتابات من دلالات ص ١٠، د/ عبد العزيز عبد الحفيظ محمد سليمان - دارسات في أصول الفقه - ص ١٧٥.

(٢) الجرجاني - التعريفات - مرجع سابق ص ١٢٩، د/ عبد العزيز عبد الحفيظ محمد سليمان - دراسات في أصول الفقه - مرجع سابق - أصول الفقه ص ١٧٥ ، أنظر د/ محمد بكر إسماعيل - القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه - دار المنار سنة ١٩٩٦م ، ص ٥٠.

ودلالة ضحك البكر بلا استهزاء عندما تعلم بأن وليها قد زوجها على إجازة العقد<sup>(١)</sup>.

وبناء على ما سبق يكون المقصود بالدلالة في مجال العقود والتصرفات " أن يكون الانعقاد مستفاداً بفعل من شأنه أن يترتب على العقد ويعبر عن تنفيذه، أو مستفاداً من حالة تستدعي انعقاده " <sup>(٢)</sup>، أى إن التعبير عن الإرادة بطريق الدلالة يتم بتعبير لفظ لا ما يقوم مقامه من كتابة أو إشارة ، وإنما بفعل من شأنه أن يكشف عن الإرادة كشفاً غير مباشر.

والتعبير بطريق الدلالة يعبر عنه في القانون الوضعي وفقهه " بالتعبير الضمني".

ذلك أن القانون الوضعي يقسم وسائل التعبير عن الإرادة إلى وسائل صريحة ويكون التعبير بها صريحاً ، وهو الذى يفصح عن الإرادة بطريقة مباشرة وهو يكون كذلك إذا كان المظهر الذى اتخذته مظهراً موضوعاً فى ذاته للكشف عن هذه الإرادة بحسب المؤلف بين الناس<sup>(٣)</sup>.

وقد حدد القانون المدني المصري الوسائل التى يتم بها التعبير صراحة عن الإرادة فى المادة (٩٠) فقرة أولى وهى اللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفاً، وأيضاً اتخاذ موقف لا تدع ظرووف الحال شكاً فى دلالاته على حقيقة المقصود<sup>(٤)</sup>. وهو أيضاً موقف معظم قوانين الدول العربية كما أنه يتفق فى ذلك مع ما قرره الفقه الإسلامى على نحو ما بينا سابقاً .

---

(١) انظر د/ نجاح عثمان أبو العنين إسماعيل - المستثنيات فى العبادات والمعاملات وقواعدها الشرعية التى ترد عليها فى الفقه الإسلامى - رسالة قنمت إلى كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر بالقاهرة لنيل درجة الماجستير سنة ١٩٩٦ ص ٢٤٠.

(٢) انظر فى ذلك د/ مصطفى أحمد الزرقا - الفقه الإسلامى فى توبه الجنب - مرجع سابق ج ١ ، المنخل الفقهي العنم ص ٣٢٩.

(٣) د/ عبد الرزاق السنهوري - التوميط فى شرح القانون المدني الجديد - نظرية الائتزام بوجسه علم - مصادر الائتزام - دار إحياء التراث العربى - بيروت - لبنان سنة ١٩٥٢ ص ١٢٦، د/ عبد المنعم النبراوى - النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدني المصري - مرجع سابق ج ١ ص ١٢١ د/ أنور سلطان - الموجز فى مصادر الائتزام - مرجع سابق ص ٦٢، د/ عمر السيد أحمد عبد الله إيرام العقود فى قانون المعاملات المدنية الإماراتى - مرجع سابق ص ١٢٦، د/ عبد القادر قحطان السكوت المعبر عن الإرادة - مرجع سابق ص ٦٩٦ ، د/ عبد الهادي العطاني - صورة من طرق التعبير عن الإرادة مرجع سابق ص ٧٨ .

(٤) انظر مجموعة الأعمال التمهيدية للقانون المدني - مرجع سابق - ج ٢ ص ١٣.

وبالإضافة إلى وسائل التعبير الصريح هناك التعبير الضمني، وذلك إذا كانت الوثيقة التي ظهرت بها الإرادة وسيلة لم توضع أصلاً للكشف عن الإرادة؛ ولذا فهي لا تنل بذاتها على حقيقة المعنى المقصود، ولكن ظروف الحال تسمح بتفسيرها في هذا المعنى.

إن لا يمكن تفسيره إلا بافتراض وجود هذه الإرادة<sup>(١)</sup>. وقد نصت المادة (٩٠) من القانون المدني المصري الحالي في فقرتها الثانية على أنه: " ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً " .

ومسألة التعبير الصريح والتعبير الضمني عن الإرادة في القانون الوضعي وفقهه من المسائل التي باتت واضحة ثابتة في الأذهان بحيث لا تحتاج منا إلى تكرار ما قيل بصدها<sup>(٢)</sup>.

وكل ما نريد أن نبينه في هذا المقام هو أن التعبير بطريق الدلالة أو التعبير دلالة في الفقه الإسلامي هو ما يعرف في القانون الوضعي " بالتعبير الضمني " . ويكون التعبير ضمناً إذا تم الإفصاح عن الإرادة إفصاحاً غير مباشر، ولا يكشف في الأصل عن إرادة حسب المألوف بين الناس، وإنما لابد من إعمال الفكر في استنتاج الرضا

---

(١) فطر د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادر الالتزام - مرجع سبق ص ١٧٦، د/ عبد المجيد الحكيم - الوسيط في نظرية العقد - مرجع سابق ج ١ ص ١٢١ د/ عبد المنعم البدر - النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري - مرجع سابق ج ١ مصادر الالتزام ص ١٧٤، د/ سمير عبد السيد تناغو - مصادر الالتزام والإثبات سنة ١٩٩٠ ص ٣٣ وما بعدها.

(٢) وتزيد من التفاصيل حول التعبير الصريح والتعبير الضمني يراجع على سبيل المثال د/ عبد الرزاق السنهوري - شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات - نظرية العقد - المجمع العلمي العربي الإسلامي - منشورات محمد انديا - بيروت - لبنان - بدون تاريخ ص ١٥٠ وما بعدها، ولسيادته أيضاً: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مرجع سابق ص ١٧٥ وما بعدها، وكذلك: مصادر الحق في الإسلام - مرجع سابق ص ٩٩ وما بعدها، د/ محمد علي عرفة - مبادئ العلوم القانونية - مرجع سابق ص ٣٤٤ وما بعدها، د/ عبد الحى حجازي - النظرية العامة للالتزام ج ٢ مصادر الالتزام - مرجع سابق ص ١٧٢، أ / علي أبو المجد - أحكام النقص على القانون المدني في ربع قرن - مرجع سابق ص ٩٨ وما بعدها، د/ عبد المجيد الحكيم - الوسيط في نظرية العقد - مرجع سابق ص ١٢١ وما بعدها، د/ إسماعيل غانم - في النظرية العامة للالتزام ج ١ مصادر الالتزام - مرجع سبق ص ٨٠، د/ سليمان مرقس - لوافي في شرح القانون المدني المجلد الأول - نظرية العقد والإرادة المفردة - مرجع سابق ص ١٣٥، د/ محمد نبيب شنب - دروس في نظرية الالتزام مصادر الالتزام - مرجع سابق ص ٨٥، د/ فتحي عبد الرحيم عبد الله - العناصر المكونة للعقد كمنصر للالتزام في القانونين المصري والإنجليزي سنة ١٩٧٨ ص ٦٥ وما بعدها.

والتعرف على وجهة الإرادة الحقيقية مع استخدام طريق التعبير " دلالة " أو ضمنا .  
وذلك بعكس التعبير الصريح الذى يتخذ صاحبه سبيلا يدل على إرادته بطريق مباشر .  
من غير حاجة إلى إعمال الفكر فى الاستنتاج<sup>(١)</sup> .

ولذلك فإن التعبير الصريح مقدم على التعبير الضمني عند اجتماعهما<sup>(٢)</sup> .

وإذا كان هناك فرق بين التعبير الصريح والتعبير الضمني من حيث المضمون فإنه لا فرق بينهما من حيث الأثر — بحسب الأصل — فإنه يعتد بالتعبير الضمني كما يعتد بالتعبير الصريح فى هذا المجال . إلا أنه قد يتحتم فى بعض الحالات التعبير عن الإرادة تعبيراً صريحاً ، وهذا الحتم قد يجد مصدره فى القانون أو القضاء ، أو المتعاقدين أنفسهم فى بعض الفروض لإبراز أهمية التصرف القانوني الذى يراد عقده<sup>(٣)</sup> .

---

(١) انظر د/ عبد الفتاح عبد الليقي — نظرية العقد والإرادة المنفردة — مرجع سابق ص ٩٧ ، د/ فتحي عبد الرحيم عبد الله — العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام فى القانونين المصري والإنجليزي المقارن — مرجع سابق ص ٦٥ .

(٢) فإذا صدر من شخص تعبير ضمني وتعبير صريح مخالف تجاه أمر واحد فالعبرة بالتعبير تصريح لأنه أقوى من التعبير الضمني وسوف نبين ذلك فى موضع لاحق — انظر د/ عبد المجيد الحكيم — الوسيط فى نظرية العقد — مرجع سابق ج ١ ص ١٢٣ .

(٣) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني — مرجع سابق ج ٢ ص ١٤١/د/ عبد الرزاق السنهوري — شرح القانون المدني — النظرية العامة للالتزامات نظرية العقد — مرجع سابق ص ١٥١ د/ محمد على عرفة — مبادئ العلوم القانونية — مرجع سابق ص ٢٤٤ ، د/ أحمد حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام فى القانون المدني المصري — مرجع سابق ص ٧٠ ، د/ أحمد حسن البرعي — نظرية الالتزام فى القانون المغربي — مرجع سابق ص ٥٤ ، د/ نبيل إبراهيم سعد — النظرية لعنمة للالتزام ج ١ — مصادر الالتزام — مرجع سابق ص ٩٦ ، د/ عبد المنعم فرج الصدة — نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية وللقانون الوضعي — مرجع سابق ص ١٥٣ .

ومن المواضع التى لشرط القانون أن يتم التعبير عنها تعبيراً صريحاً ما نص عليه لقانون المدني المصري فى المادة (٣٠٩) من أنه " لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان " . وهذه المادة تقابل المادة (٣٥٢) فى القانون المدني الألهي الصادر سنة ١٨٨٣م حيث كانت تنص على أنه " لا يضمن المحيل يسار المدين فى الحال ولا فى الاستقبال إلا إذا وجد شرط صريح لكل من الحالتين المذكورتين ومن المواضع التى لشرط فيها القضاء تعبير صريح : اشتراط الفوائد وتحديث الدين إذ يجب أن يكون الاتفاق بشأنها واضحاً وصريحاً .

## الفرع الثاني

### بعض الصور التطبيقية للتعبير بالدلالة

وللتعبير بالدلالة أو " التعبير الضمني " فى مجال العقود والتصرفات صور كثيرة نذكر بعضاً منها على سبيل التوضيح حتى تتجلى التفرقة بينها وبين السكوت. ولعل أبرز صورة لذلك دلالة " المعاطاة " أو التبادل الفعلي على التراضي التى سبق بيانها.

وعلمنا أنها تتمتع بطابع خاص ، إذ إنها مقصورة على المعاملات التى تقتضى البذل والإعطاء من الجانبين أو من جانب واحد على نحو ما بينا سابقاً<sup>(١)</sup>.

وبخلاف " المعاطاة " ودلالاتها على التعبير عن الإرادة هنالك صور أخرى للتعبير دلالة، ففى مجال انعقاد العقود، يمكن التعبير عن الإرادة بشقيها — الإيجاب والقبول — بطريق الدلالة.

ويعد من قبيل الإيجاب " دلالة " أو " ضمناً " بقاء المستأجر فى العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار وصدور عمل منه يفهم على أنه يريد تجديد الإيجار<sup>(٢)</sup>. فنلك ينطوي على إيجاب ضمني من المستأجر بتجديد الإيجاب وقبول ضمني من المؤجر. ففى تلك الصورة عبر للمتعاقدان عن إرادتهما ضمناً أى دلالة<sup>(٣)</sup>.

ومن التعبير عن الإيجاب دلالة أيضاً، الإيجاب الصادر من سائق عربة ركوب والمستفاد من وقوفه فى الطريق لنقل من يتقدم إليه من الناس<sup>(٤)</sup>.

ومن الإيجاب دلالة أيضاً : أن يدخل شخص محلاً لبيع بضاعة ما فيأخذ شيئاً

---

(١) راجع فى الحديث عن المعاطاة ص وما بعدها.

(٢) انظر فى ذلك د/ عبد الرزاق السنهوري — شرح القانون المدني — النظرية العامة للالتزامات — نظرية العقد — مرجع سابق — ص ١٥٥، د/ أحمد حسن البرعى — نظرية الالتزام فى القانون المدني المغربى — مصادر الالتزام — العقد — مرجع سابق ص ٥٤، د/ عبد الفتاح عبد الباقي — نظرية العقد والإرادة المنفردة — مرجع سابق ص ٩٨، د/ سمير عبد السيد تناغو — مصادر الالتزام والإتباتات — مرجع سابق ص ٣٧، د/ نبيل إبراهيم سعد — النظرية العامة للالتزام ١ — مصادر الالتزام — مرجع سابق ص ٩٦، د/ مصطفى الجمال — القانون المدني فى ثوبه الجديد — مصادر الالتزام — مرجع سابق ص ٧١.

(٣) د/ عبد المنعم فراج الصدة — نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى — مرجع سابق ص ١٥٣.

(٤) د/ أنور سلطان — الموجز فى مصادر الالتزام — مرجع سابق — ص ٦٣.

منها، وينقد صاحب المحل مبلغاً من المال من غير أن يتقوه بكلمة، فيقول له المالك قبلت أو بعته. ففي هذه الصورة — والصور السابقة عليها ومثيلاتها — تم الإفصاح عن الإيجاب بغير لفظ ولا كتابة ولا إشارة وإنما بفعل فهم منه المراد<sup>(١)</sup>.

والقبول أيضاً يجوز التعبير عنه صراحة — باللفظ وما يقوم مقامه — كقبلت أو بعته أو اشتريت أو غير ذلك من صور التعبير الصريح — كما يجوز التعبير عنه "دلالة" أى بدلالة فعل معين ممن صدر إليه الإيجاب موافقة أو رداً أو رفضاً.

فمن القبول "دلالة" للقبول الفعلي بعد إيجاب لفظي، وصورة ذلك أن يقول البتاع كل هذا الطعم بدرهم فأكله من غير لفظ، فتم البيع، وأكله حلال. ويقاس على ذلك كل قبض للمبيع بعد التلطف بالإيجاب، حيث يتم التعبير عن قبول وما وجه إليه من إيجاب بطريق "الدلالة" أى بدلالة الفعل<sup>(٢)</sup>.

ومن صور القبول دلالة أيضاً : قيام الوكيل بتنفيذ وكالة لم يقبلها صراحة، إذ يعد التنفيذ حينئذ قبولاً ضمناً. ويقاس على ذلك تنفيذ الموجب له الأمر الذى يعرضه عليه الموجب، إذ يعد التنفيذ الفعلي قبولاً بطريق الدلالة<sup>(٣)</sup>؛ لذلك يعد من قبيل القبول "دلالة" أن يتصرف شخص فى شئ ليس له لكن عرض عليه أن يشتريه، أو كان موعوداً له ببيعه. فذلك للتصرف دليل ضمني على القبول<sup>(٤)</sup>.

---

(١) ويمكن للتعبير عن الإرادة بدلالة الحال كذلك فى الفترة التى تسبق انعقاد العقد وهى ما تعرف بالدعوة إلى التفاوض، أى دعوة أحد الأشخاص إلى الآخر معيناً أو غير معين للدخول معه فى مساومة أو مفاوضة بشأن عقد معين ويعد من قبيل ذلك الوقوف بالسلعة للمصوم فى سوقها فهذه دعوة إلى التفاوض بدلالة الحال. أنظر: د/ عبد الحليم القونى — حسن النية وأثره فى التصرفات — مرجع سابق ص ٣٢٤ د/ جابر عبد الهادي سالم — مجلس العقد — مرجع سابق ص ٢٧-٢٨.

(٢) انظر فى ذلك ابن الهمام — شرح فتح القدير — مرجع سابق ج ٥ ص ٧٤، ابن عابدين — حاشيته رد المحتار على الدر المختار — مرجع سابق ج ٥ ص ٥٠٦.

(٣) د/ عبد الرزاق السنهوري — شرح القانون المدني — النظرية العامة للالتزامات — نظرية العقد — مرجع سابق ص ١٥٦، د/ أنور سلطان — الموجز فى مصادر الالتزام — مرجع سابق ص ٦٢، د/ عبد المنعم البدر اوى — النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدني المصري — ج ١ — مصادر الالتزام مرجع سابق ص ١٧٣، د/ عبد المنعم فرج الصدة — نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي — مرجع سابق ص ١٥٣.

(٤) د/ عبد الرزاق السنهوري — شرح القانون المدني — النظرية العامة للالتزامات — نظرية العقد — مرجع سابق ص ١٥٦ ولسيادته أيضاً الوسيط فى شرح القانون المدني الجديد — نظرية الالتزام بوجه علم مصادر الالتزام — مرجع سابق ص ١٧٦، د/ عبد المجيد الحكيم — الوسيط فى نظرية العقد — مرجع سابق ص ١٢١، د/ عبد المنعم البدر اوى — النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدني المصري — =

وهكذا يمكن أن تفهم الموافقة على الإيجاب بطريقة الدلالة — كما رأينا — كما يمكن أيضا رفض الإيجاب دلالة أى إن الدلالة هنا دلالة رفض للإيجاب، وذلك لأن رفض الإيجاب ممن وجه إليه قد يكون صريحا باللفظ أو ما يقوم مقامه، وقد يكون "دلالة" أو "ضمنا"، ويفهم ذلك من قيام الموجب له من مجلس العقد قبل القبول، إذ يعد القيام فى هذه الحالة دليل للإعراض والرجوع<sup>(١)</sup>. وفى ذلك نصت المادة (١٨٣) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: "لو صدر من أحد العاقدين بعد الإيجاب وقبل القبول قول أو فعل يدل على الإعراض بطل الإيجاب"<sup>(٢)</sup>. وعلى ذلك لو انشغل الموجه إليه الإيجاب بأمر آخر غير أمر المتعاقد كالحديث فى أمر لا يتصل بموضوع التعاقد، أو قام من المجلس معرضا عن التعاقد أو ما إلى ذلك فإن ذلك يعد رفضا ضمنيا للإيجاب<sup>(٣)</sup>.

ويقع التعبير بطريقة "الدلالة" أيضا فى مجال الخيارات<sup>(٤)</sup> من العقود، حيث إن هذه الخيارات من شأنها أن تجعل لأحد المتعاقدين أو كليهما حق فسخ العقد والرجوع

-- مرجع سابق ص ١٧٣، د/ محمد سلام منكور — للوجيز للمدخل للفقهاء الإسلاميين — مرجع سابق ص ١٧٢، د/ مصطفى الجمال — للقانون المدني فى نوبه الإسلاميين — مصادر الالتزام — مرجع سابق ص ٧١.

(١) للبايرتي — شرح العناية على البداية هاشم شرح فتح التقدير — مرجع سابق ج ٥ ص ٨٠، للعالمى للروضة للبيهة فى شرح اللمعة للمشفقة — مرجع سابق ج ٣ ص ٤٤٩.

(٢) انظر: سليم رستم باز — شرح للمجلة ص ٨٥ م "١٨٣".

(٣) انظر ذلك تفصيلا د/ جابر عبد الهادي سالم — مجلس العقد فى الفقه الإسلاميين والقانون الوضعي مرجع سابق ص ٤٣٠ وما بعدها.

(٤) والخيارات جمع مفردة خيار وهو ما أخذ من الاختيار ومعناه فى لغة العرب طلب خير الأمرين أو الأمور من إمضاء العقد أو تحديده أو إنهائه بالفسخ والرجوع فيه ولذلك يقال (خيرته بين الشيئين فوضت إليه الاختيار — فلختر أحدهما وتخير). انظر: الرازي — مختار الصحاح — مرجع سابق ص ١٩٥ د/ محمد مصطفى ثلبي — نظام المعاملات فى الفقه الإسلاميين — مرجع سابق ص ٣٩٠، د/ لاشين الغياتي — خيار الرؤية وأثره على العقد بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي — بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون — جامعة الأزهر بالقاهرة — العدد الثانى سنة ١٩٨٦ ص ٩٢، د/ محمد يوسف موسى — الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلاميين — مرجع سابق ص ٤٦٦، د/ عبد العزيز عزام — قواعد الفقه الإسلاميين — مرجع سابق ص ٥٥٠، والخيار فى اصطلاح الفقهاء يقارب من المعنى اللغوي وهو: "طلب خير الأمرين إما إمضاء العقد وتنفيذه أو فسخه ورفع من أساسه لمبب شعوي أو اتفاق إرادي بين طرفين المتعاقدين". د/ لاشين الغياتي — خيار الرؤية وأثره على العقد — مرجع سابق ص ٩٣: "ولا شك أن للشريعة الإسلامية قد انفردت ببحث موضوع الخيارات بحثا تفصيليا ودقيقا ومتكاملا". د/ لاشين الغياتي — المرجع السابق ص ٩٣ والخيارات كثيرة فى الفقه الإسلاميين لختلف الفقهاء فى عددها إلا أنها يمكن تصنيفها إلى خيارات تثبت بإيجاب الشارع حتى ولو لم يشترطها المتعاقدان أى جبرية. وأهمها خيار الرؤية وخيار العيب، وإلى خيارات إردية أى ترتبط بإرادة==



فيه بعد تمامه، أو إمضائه<sup>(١)</sup>.

فإذا تم البيع مثلا بشرط الخيار للمتعاقدتين - في خيار الشرط - حيث يجتزأ أن يشترط الخيار بفسخ البيع أو إجازته في مدة معلومة لكل من البائع والمشتري أو لأحدهما دون الآخر<sup>(٢)</sup>. فإن إمضاء هذا البيع أو فسخه قد يتم صراحة أو دلالة. ويقع الفسخ دلالة بالتصرف في المبيع بالإيجاب أو الإيضاء به أو بعرضه على المشتري من غيرده، أو كان ثوبا فيلبسه. فإذا التصرف إن صدر من البائع يعد فسخا للبيع بطريق الدلالة. أما إن صدر التصرف من المشتري فإنه تعبير رضا وإمضاء للبيع. وفي ذلك يقول ابن جزى : " .. هذه الأفعال من المشتري تدل على الإمضاء ، ومن البائع تدل على الفسخ " <sup>(٣)</sup>.

وفى ذلك نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة " ٤٩٩ " على أنه : " كما أن

---

== المتعاقدين فلا تثبت إلا بالشرط وأهمها : خيار الشرط وخيار التعيين - انظر في ذلك د/ محمد مصطفى شلبي - نظام المعاملات في الفقه الإسلامي - المرجع السابق ص ٣٩٠، د/ لاشين الغبناتي خيار الرؤية - مرجع سابق ص ١٠٠، د/ أحمد فراج حسين - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية - مرجع سابق ص ٣٣٣ وما بعدها، د/ علي أحمد مرعي - بحوث في البيع - مرجع سابق ص ١٥٣ وما بعدها، د/ رمضان الشرنباصي ، د/ محمد كمال الدين إمام - المبدل لدراسة الفكر الإسلامي - دار النيل للطباعة والنشر - المنصورة ص ٤٧٩.

(١) ذلك لأن الخيارات في الفقه الإسلامي شرعت لابتداء من قاعدة لزوم العقد بالأصل فيه، اللزوم يكن الشارع الحكيم رافة ورحمة بالمتعاقدين ورفعاً لتجرح عديم دفعا للاضرار بهم أثبت في العقد الخيار بمعنى أن يكون لأحد المتعاقدين أو كلاهما حق فسخ العقد بعد تمامه تقاديا لهذا التجرح. وأيضا لرفع الظلم في المعاملات والوصول إلى تمام الرضا وضمان توافره من المتعاقدين، انظر د/ محمد مصطفى شلبي - نظام المعاملات في الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٣٧٠، د/ لاشين الغبناتي - خيار الرؤية مرجع سابق ص ٩٦، د/ محمد يوسف موسى - الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٤٦٦، د/ رمضان الشرنباصي والدكتور محمد كمال الدين إمام - التدخل لدراسة الفكر الإسلامي - مرجع سابق ص ٤٧٩.

(٢) خيار الشرط هو أن يكون لأحد المتعاقدين أو كليهما أو لغيرهما الحق في إمضاء العقد أو فسخه في مدة معلومة إذا شرط ذلك في العقد - انظر - الجرجاني - التعريفات - مرجع سابق - ص ١٣٧، د/ سليم رستم باز - شرح المجلة - مرجع سابق ص ١٥٦، م " ٣٠٠ ، د/ محمد مصطفى شلبي - نظام المعاملات في الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٣٩٦، د/ رمضان الشرنباصي ، د/ محمد كمال إمام - التدخل لدراسة الفكر الإسلامي - ص ٤٨٠.

(٣) انظر ابن جزى - القوانين الفقهية - مرجع سابق ص ١٨٠، الماوردي - الحاشي الكبير في مذهب الإمام الشافعي - مرجع سابق ص ٤٦، قاضيخان الفتاوى الخانية بياض الفتاوى الهندية - مرجع سابق ج ٣ ص ٤٣، القرافي - الأخيرة - مرجع سابق ج ٤ ص ٣٤، ابن قدامة - المغني - مرجع سابق ج ٤ ص ٢٢٢.

الفسخ والإجازة يكونان بالقول فكذلك يكونان بالفعل أيضا " (١).

وفى خيار العيب<sup>(٢)</sup> أيضا حيث يجوز للمشتري رد المبيع إلى البائع إذا وجد به عيبا لم يطلع عليه عند العقد. كما يجوز له إمضاء العقد والرضا بهذا العيب وذلك يكون صراحة أو دلالة. ويقع الرضا بالعيب دلالة بتصرف المشتري في المبيع بعد إطلاعه على العيب كتأجيله أو رهنه، أو عرضه على البيع، فكل ذلك دليل على رضائه بسقوط حقه في الرد بالعيب<sup>(٣)</sup>.

وكذلك المشتري الذي له خيار الوصف إذا تصرف في المبيع تصرف المالك بطل خياره، إذ يعد تصرفه دلالة على رضاه بالمبيع مع تخلف الوصف<sup>(٤)</sup>.

ومن قبيل التعبير دلالة أيضا إسقاط حق الشفعة حيث قرر الفقهاء أن حق الشفعة

---

(١) راجع سليم رستم - شرح المجلة - مرجع سابق ص ٢٧٦، وراجع أيضا على حيدر - درر الحكم - شرح مجلة الأحكام - مرجع سابق - مواد " ٣٠٢ - ٣٠٣ " ص ٢٥٠ - ٢٥١ فى الإجازة الفعلية.

(٢) خيار العيب هو " أن يكون للمتملك الحق فى إمضاء العقد أو فسخه إذا وجد عيبا فى محل العقد المعين لم يطلع عليه عند التعاقد " أى له أن يختار رد المبيع إلى بائعه بالعيب " . انظر الجرجاني - التعريفات - مرجع سابق ص ١٣٧، د/ أحمد إبراهيم بك - كتاب المعاملات الشرعية - مرجع سابق ص ١٠٧، د/ محمد مصطفى شلبي - نظام المعاملات فى الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ٣٩٩، د/ رمضان الشرنباصى، د/ محمد كمال إمام - المدخل لدراسة الفكر الإسلامى - مرجع سابق ص ٤٨٩، د/ محمد مراج - نظرية العقد فى الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ١٨٨.

(٣) انظر : للسرخسى - المبسوط - مطبعة السعادة - الطبعة الأولى - بدون تاريخ ج ٣ ص ٩٨ ابن جزى - للقوانين الفقهية - مرجع سابق ص ١٧٦، ابن قدامة - المغنى - مرجع سابق ج ٢ ص ٢٢٤.

(٤) والمقصود بخيار الوصف: شراء شئ بوصف مرغوب ك شراء بقرة على أنها حلوب أو فصا على أنه يلقوت أحمر فظهر أصفر فهنا يخير المشتري بين إمضاء البيع أو رده لتخلف الوصف المرغوب. انظر سليم رستم باز - شرح المجلة - مرجع سابق ص ٣٢١ م " ٣١٢ " ، على حيدر - درر الحكم - شرح مجلة الأحكام - مرجع سابق ص ٢٠٦ ومثل ذلك أيضا فى القانون الوضعى حيث قررت المادة " ١٣٨ "قرة أولى من القانون المدنى المصرى أن حق إبطال العقد يزول بالإجازة الصريحة أو الضمنية مثال الإجازة للضمنية، أن يأتى من له الحق فى التمسك بالبطلان بتنفيذ العقد أو بإتيانه عملا يدل على نزوله عن التمسك بالبطلان كبنائه على الأرض التى اشتراها أو أن يرم تصرفا قانونيا يستخلص منه أنه أجاز العقد والإجازة هى تصرف قانونى بالإرادة المنفردة يعبر فيه العقد الذى تقرر الإبطال لمصلحته عن رغبته فى النزول عن الحق فى التمسك بالإبطال . انظر : د/ عبد الرازق حسن فرج نظرية العقد الموقوف فى الفقه الإسلامى - دراسة مقارنة بالقانون المدنى - دار النهضة العربية سنة ١٩٦٩ ص ٢١٢، د/ نبيل إبراهيم سعد - النظرية العامة للالتزام ج ١ مصادر الالتزام - مرجع سابق ص ٢٤٠، د/ عبد القادر قحطان - السكوت المعبر عن الإرادة - مرجع سابق ص ٤٤٩.

يسقط بطريق " الدلالة " وذلك بإتيان الشفيع - وهو من له الحق في طلب الشفعة - عملاً من شأنه أن يدل على عدم رغبته في الأخذ بالشفعة ، كأن يساوم المشتري في الشفيعي " أى المبيع الذى له حق الشفعة فيه " أو يستأجره منه. أو كان الشفيع وكيلًا للبايع في البيع أو ضامناً الثمن للبايع . فهذه الأفعال تحمل في طياتها الإعراض عن الشفعة أى تعبير عن التنازل عنها بدلالة الرضا المدلول عليه بهذه الأفعال<sup>(١)</sup>.

ثمة صورة أخرى من صور التعبير عن الإرادة " دلالة " فى مجال الوصية. إذ يعد من مبطلات الوصية من قبل الموصى الرجوع عن الوصية. فمن التعلل أن الوصية عقد غير لازم فى حياة الموصى، ومن ثم فإن له أن يرجع عنها كلاً أو بعضاً فى أى وقت يشاء.

هذا الرجوع قد يكون صريحاً - بالقول وما ينوب عنه - وقد يكون أيضاً بطريق " الدلالة "، أى بالفعل الذى يدل على الرجوع ، وذلك كأن يتصرف فى الشئ الموصى به، وذلك كبيعته ، أو هبته وغير ذلك من الأفعال التى تدل - عرفاً أو عادة - على الرجوع، طبقاً للراجح.

وفى ذلك نص القانون - قانون الوصية - فى المادة (١٨) منه على أنه : "يجوز الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة ويعد رجوعاً عن الوصية كل

---

(١) انظر الكاساني - بدائع الصنائع - مرجع سابق - ج ٥ ص ٢٢، ص ٢٨-٢٠، ابن جزى - اللقوانين الفقهية - مرجع سابق ص ١٨٩، الشفعة بإسكان الفاء من الشافع رصد الزوج لأن الشفيع بالشفعة يضم المبيع إلى ملكه الذى كان منفرداً. وأما فى الاصطلاح فهى : عند الحنابلة " استحقاق الشريك انتراع حصه شريك ممن انتقلت إليه بعوض مالى بثمنه الذى استقر عليه العقد " . انظر البهوتي - الروض المربع - مرجع سابق - ج ٢ ص ٢٥٤، وعرفها المالكية : " استحقاق شريك أخذ ما علوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته بصيغة " . انظر الصاوى - بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك - مرجع سابق ج ٢ ص ٢٢٦، والزرقاني - شرح الزرقاني - على موطأ الإمام مالك مرجع سابق ج ٢ ص ٣٢٦، والنسوقي - حاشية النسوقي ج ٢ ص ٤٧٣، وعرفها بعض الفقهاء المعاصرين بثمنها : " هى حق تملك المال المشفوع فيه عند تحقق سببها من مالها للجديد ولو جبراً بما قام عليه من الثمن والتكاليف " . د/ محمد مصطفى شلبي - نظام المعاملات فى الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ١٦٦، وللمزيد من التعرف على تعريف الشفعة وأحكامها وسقوطها " دلالة " كما تسقط بالتصريح . انظر على سبيل المثال : د/ أحمد إبراهيم بك - كتاب المعاملات الشرعية - مرجع سابق ص ٥٢، وعلى الخفيف - أحكام المعاملات الشرعية - مرجع سابق ص ١٠٩ وما بعدها، د/ محمد يوسف موسى - الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ٢٠٣ وما بعدها، د/ عبد الودود السريتي - المدخل لدراسة بعض النظريات فى الفقه الإسلامى - دار المطبوعات الجامعية سنة ١٩٩٧ ص ٥٩ وما بعدها، د/ عسوي أحمد عسوي - الفقه الإسلامى - المدخل ونظرية العقد - مطبعة دار التأليف - الطبعة الثانية - بدون تاريخ ص ٣٢٠.

فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصي على الموصي به".

وهكذا، أقر القانون الرجوع عن الوصية بطريق "الدلالة" الفعلية متى دل على ذلك عرف أو قرينة<sup>(١)</sup>.

صورة أخيرة من صور التعبير عن الإرادة بطريق "الدلالة" في التملك في الطلاق.. ومعنى التملك أى يملك الرجل زوجته أمر نفسها وليس له أن يعزلها عن ذلك ولها أن تفعل ما جعل بيدها من طلاق واحدة أو أكثر..

وما يهمننا فى هذا المقام هو أن قبول المرأة للتملك قد يكون بالقول بأن توقع الطلاق بلفظها . وقد يكون بالفعل وذلك بأن تفعل ما يدل على الفراق مثل نقل أثاثها أو غير ذلك. فهذه الأفعال ثبت قبولها للتملك بطريق الدلالة أى "ضمنا"<sup>(٢)</sup>.

---

(١) راجع فى ذلك د/ عبد الودود السريتي - الوصايا والأوقاف والموارث فى الشريعة الإسلامية - المكتب العربى للطباعة سنة ١٩٩٢ ص ٨٤ وما بعدها، د/ أحمد فراج حسين - أحكام الوصايا والأوقاف فى الشريعة الإسلامية - دار المطبوعات الجامعية سنة ١٩٩٧م ص ١٨٣، د/ محمد سراج - أحكام الوصايا والأوقاف فى الفقه الإسلامى والقانون - دار المطبوعات الجامعية سنة ١٩٩٨ ص ٦ وما بعدها.

(٢) راجع فى بيان تلك الصورة لبى جزى - القوانين للفقهاء - مرجع سابق - ص ١٥٥، والفرق بين التملك والتوكيل : أن التوكيل هو : أن يوكل للرجل المرأة على طلاقها فلها أن تفعل ما وكلها عليه من طلاق واحدة أو أكثر وله أن يعزلها ما لم تفعل ذلك . وأما التملك فهو أن يملكها أمر نفسها وليس له أن يعزلها عن ذلك خلافا للشافعى - المرجع السابق ص ١٥٥.

## المطلب الثاني

### نطاق اعتبار الدلالة

رأينا - فيما سبق - أن التعبير عن الإرادة قد يتم بطريق " الدلالة الفعلية " كما يتم " صراحة " . وأن ما يقوم به الشخص من فعل معين يمكن استخلاص إرادته منه، فإن هذا الفعل اعتبر له الفقهاء " دلالة " تقوم مقام التعبير الصريح من قول وما يقوم مقامه، إلا أن ذلك محدود بعدم معارضته بالصريح.

إذ يشترط لاعتبار تلك الطريقة - الدلالة - في التعبير عن الإرادة ألا تعارض صريح الأقوال. ففي كل الصور السابقة التي عرضناها كنماذج للتعبير دلالة، نلاحظ أنه لو صدر من الشخص تصريح يعارض ما دل عليه فعله فإنه لا عبرة للدلالة في هذه الحالة وذلك إعمالاً للقاعدة الفقهية : " لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح " .

ومعنى هذه القاعدة : أنه لا عبرة للأمانة الدالة على الرضا بالفعل أو عدم جوازه إذا عارضها ما هو أقوى منها وهو التصريح بالإذن أو المنع، وبعبارة أخرى: إذا تعارض التصريح والدلالة كان العمل بالتصريح ولا عبرة للدلالة.

ونذلك لأن الدلالة دون التصريح في الإفادة وهو أقوى منها، فلا تعد في مقابلته لأنه أقوى منها في التعبير عن الإرادة. ومحل رجحان الصراحة على الدلالة إنما يكون عند حصول معارضة بين الصراحة والدلالة قبل ترتيب حكم مستند على الدلالة، أما بعد العمل بالدلالة ، أي بعد ترتيب الحكم وجريانه استناداً عليها فلا اعتبار للصراحة<sup>(١)</sup>.

وقد أورد للفقهاء أمثلة أو تطبيقات لهذه القاعدة منها ما ورد في شرح العناية :  
"أن الرجوع صريحاً ودلالةً والدلالة تعمل عمل الصريح، ولو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح فيترجح على الدلالة " <sup>(٢)</sup>.

---

(١) راجع في هذه القاعدة تفصيلاً على حيدر - درر الحكام - شرح مجلة الأحكام - مرجع سابق جـ ١ ص ٢٨ م ١٣ من المجلة ، سليم رستم - شرح المجلة ص ٢٥ ، والشيخ أحمد الزرقا شرح القواعد الفقهية تيم له نجله مصطفى أحمد الزرقا وعبد الستار أبو غدة - دار الغرب الإسلامي - الطبعة الأولى سنة ١٩٨٣ ص ٩١ ، وصبيح محمضاني - فلسفة التشريع في الإسلام - مرجع سابق ص ٢٨٦ د/ علي الندوي - القواعد الفقهية - مرجع سابق ص ٤١٧ ، د/ محمد بكر إسماعيل - القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه - مرجع سابق ص ٥٠ ، د/ محمد سراج - نظرية العقد في الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٢١٨.

(٢) انظر البابرتي - شرح العناية على الهداية بهلمش شرح فتح القدير - مرجع سابق - ج ٥ ص ٨٠.

ومنها : لو أن رجلا وضع ماله في محل فرآه صاحب المحل وسكت، ثم ترك الرجل ذلك المال وانصرف صار ذلك المال عند صاحب المحل وديعة بدلالة الحال.. وهو فعل من صاحب المال وسكوت صاحب المحل. أما إذا رد صاحب المحل الإيداع بأن قال لا أقبل أو لا شأن لى به فلا ينعقد الإيداع حينئذ للنهي الصريح الذى يقدم على الدلالة<sup>(١)</sup>.

ومنها أيضا: " لو وهب شخص مالا لآخر وقبضه الموهوب له فى المجلس، تمت الهبة، وإن لم يأذن له الواهب لأن إيجاب الواهب إذن بالقبض دلالة، لكن لو نهاه الواهب صراحة عن القبض فى المجلس سقط حكم الدلالة وبطلت الهبة " <sup>(٢)</sup>.

ومن ذلك أيضا : " الوديع له السفر بالوديعة حسب العادة المتبعة ، فلو نهاه المودع صريحا ليس له السفر بها، لأن الصريح أقوى من الدلالة " <sup>(٣)</sup>.

وكذلك: لو أن شخصا كان مأذونا بدلالة الحال بعمل شئ فمنع صراحة عن عمل ذلك الشئ فلا يبقى اعتبار حكم لذلك الإذن الناشئ عن الدلالة، فلو دخل إسمان دار شخص فوجد على المائدة كأسا فشرب منها ووقعت الكأس أثناء شربه وانكسرت فلا يضمن، لأنه بدلالة الحال مأذون بالشرب منها بخلاف ما لو نهاه صاحب الدار عن الشرب منها وانكسرت فإنه يضمن لأن النهي الصريح أبطل الإذن المستند على دلالة الحال<sup>(٤)</sup>.

وفى معنى قاعدة : " لاعبرة للدلالة فى مقابلة للتصريح " قاعدة أخرى أوردها السبكي فى الأشباه والنظائر وهى : إذا تعارض القول والفعل فالقول أقوى على الأقوى<sup>(٥)</sup>.

نخلص مما تقدم إلى أنه يشترط لاعتبار " دلالة " الرضا المستفادة من الفعل ألا

(١) انظر صبحي محمدي - قلمفة التشريع فى الإسلام - مرجع سابق ص ٢٨٦.

(٢) على الندوي - القواعد الفقهية - مرجع سابق ص ٤١٧، د/ محمد سراج - نظرية العقد فى الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ٢١٨.

(٣) د/ على الندوي - القواعد الفقهية - مرجع سابق ص ٤١٨.

(٤) على حيدر - درر الحكام شرح مجلة الأحكام - مرجع سابق ج ١ ص ٢٨، ود/ محمد بكر إسماعيل - القواعد الفقهية بين الأصالة والتجوية - مرجع سابق ص ٥١، ويراجع فى تطبيقات أخرى الشيخ أحمد الزرقا - شرح القواعد الفقهية - المرجع السابق ص ٩٢ وما بعدها.

(٥) السبكي - الأشباه والنظائر - مرجع سابق - ج ٢ ص ٥١.

يعارضها صريح القول قبل ترتب الحكم على تلك الدلالة لما قرره الفقهاء من أن الصريح أقوى من الدلالة فيقدم عليها.

ولئن كانت هذه القاعدة صادقة في مجال الدلالة العينية من معاطاة<sup>(١)</sup> وغيرها من الأفعال فهي بالنسبة لدلالة السكوت أصدق، حيث لا قول ولا فعل مع دلالة السكوت.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن القاعدة المتقدمة يرد عليها بعض الاستثناءات، بحيث تنقضي الدلالة بالرغم من معارضتها بالصريح.

مثال ذلك: لو اشترى سينا ثم اضع سي عيب فيه، فاستعمله استعمالاً يدل على الرضا بالعيب، وهو يصرح بعدم الرضا به، فإنه يلزمه المبيع، ولا يقبل منه تصريحه بعدم الرضا. وذلك على خلاف قاعدة: "لا عبرة للدلالة في مقابللة التصريح". وعلة هذا الاستثناء: أن خيار العيب بعد العلم بالعيب يلزم فيه رد المبيع دون اختيار له حتى لا يمسك الخيار، وذلك بخلاف خيار الشرط فهو مشروع للاختيار واستعمال المبيع مرة كاللبس أو الركوب مثلاً يراد به ذلك بخلاف ما لو اطلع على عيب.

صورة أخرى مستثناة من تلك القاعدة أيضاً وهي: "لو بنى متولي الوقف - أي الموكل بأمر الوقف - أو غرس في حق الوقف، ولم يشهد أنه لنفسه ثم اختلف مع المستحقين، فقال: غرست أو بنيت لنفسي وقال المستحقون بل غرست أو بنيت للوقف، فإن القول يقبل من المستحقين لا من متولي الوقف. فهنا ترجحت دلالة الحال بكونه متولياً على تصريحه بأنه فعل نفسه. ووجه هذا الاستثناء أن بناءه وغرسه لنفسه غير جائز ويعد خيانة منه إذا فعل دون إذن، ولهذا يقبل قول المستحقين عند التنازع ولا يعد بتصريحه<sup>(٢)</sup>.

---

(١) المعاطاة ولو من جانب واحد: هي فعل يتضمن الدلالة على الرضا إلا إذا عارض هذه دلالة صر ظاهر. فالفرض الصريح من أحد الطرفين ينفي التوضيح للضمعي المستفاد من التعاطي - أنظر د/ عبد الحميد البعلي - ضوابط العقود - مرجع سابق ص ٤٠.

(٢) راجع في ذلك: د/ نجاح عثمان أبو العيتنين إسماعيل - مسنديات في العبادات والمعاملات. وقواعدها الشرعية التي ترد عليها في الفقه الإسلامي - رسالة قدمت إلى كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر بالقاهرة لنيل درجة الماجستير سنة ١٩٩٦م، ص ٢٤٠، ص ٣١٣.

## المطلب الثالث

### الفرق بين التعبير بطريق الدلالة والتعبير بالسكوت

من خلال دراستنا للتعبير عن الإرادة بطريق الدلالة، ومعرفة المقصود بها ، ومن خلال الصور التي عرضناها بوصفها نماذج لتلك الوسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة، يتبين لنا أن ثمة شبهاً كبيراً بينها وبين دلالة السكوت، ويتجلى هذا الشبه في أن كليهما يعبر عن الإرادة بطريق " الدلالة " لا بطريق صريح أو مباشر ، لذلك فهما يشتركان في هذه الناحية. ولما كان الأمر كذلك فإنه يجب للاعتماد عليهما - من اعتبار دلالتهما على الرضا - اللجوء إلى القرائن للوصول إلى حقيقة القصد والرضا<sup>(١)</sup>.

ومرد اعتبارهما من قبيل التعبير عن الإرادة بطريق " الدلالة " أو بطريق "ضمني" هو أنه في كلتا الوسيلتين لا يستعمل في الإفصاح عن الإرادة لفظ ولا ما يقوم مقامه من كتابة أو إشارة، وإنما هناك صمت وسكوت ممن ينبغي التعرف على إرادته إزاء موقف ما، ذلك لأننا علمنا أن السكوت في ذاته موقف سلبي بحث غير مقترن بقول ولا بفعل. أي في استخلاص الرضا " دلالة " أيضاً لا يوجد لفظ. فالسكوت موجود في الحالتين، وهذا هو ما يقرب التعبير بطريق الدلالة بحالة التعبير بالسكوت بل إن هذا القدر من الاشتراك أو التقارب موجود بين السكوت وباقي وسائل التعبير عن الإرادة عدا للفظ حتى في الكتابة والإشارة والرسالة. وكذلك التعاطي أو المعاطاة. كما سبق أن بينا ، حيث لا لفظ ولا كلام في كل تلك الوسائل. لكننا قد علمنا أن السكوت يختلف عن الكتابة والإشارة، وكذلك المعاطاة التي تنطوي على فعل من الجانبين أو من أحدهما مع السكوت أو الصمت. وتلك تفرقة دقيقة جداً بين دلالة المعاطاة وغيرها من الدلالات.

ولكن بالرغم من هذا التشابه بين التعبير " دلالة " والتعبير بالسكوت، فإنهما يختلفان اختلافاً ظاهراً<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع : د/ عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد والإرادة المنفردة - مرجع سابق - هامش ص ٩٩.

(٢) يرى بعض الباحثين من المعاصرين عدم صحة للفرقة بين السكوت والتعبير الضمني باعتبار السكوت فرداً من أفراد التعبير الضمني ويعتبر السكوت في ظروف معينة يشكل إرادة ظاهرة تفصح عن الإرادة اللبائنة ويدل عليها بصورة صريحة في حالات السكوت الموصوف وبصورة ضمنية في حالات السكوت الملبس - فظهر في عرض هذا الرأي وحججه تفصيلاً د/ عبد القادر محمد قطحان - السكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التصرفات - مرجع سابق ص ٦٨١ وما بعدها.



فباستعراض الصور التي عرضناها للتعبير بطريق الدلالة يتضح أن هناك فارقا جوهريا بين التعبير بطريق الدلالة والتعبير بطريق السكوت. يتمثل هذا الفارق في أن التعبير بطريق السكوت يتم من خلال ظروف أو قرائن وملابسات تحيط به. ذلك لأننا نعلم أن دلالة السكوت دلالة على خلاف الأصل، إذ الأصل أن السكوت لا دلالة له على شيء، وإنما يمكن أن تستشف الإرادة معه من خلال ظرف ملابس أو نص أو عرف أو ما إلى ذلك. من غير أن يأتي الساكت بأى فعل من شأنه الدلالة على الإرادة، فضلا عن التزامه الصمت.

أما في التعبير بطريق "الدلالة" أو التعبير "الضمني" فليس هناك كلام أيضا. إلا أن الساكت يأتي بفعل من شأنه الدلالة على إرادته. فالشخص الذى وجه إليه الإيجاب وانشغل عنه بكلام آخر، أو قام من المجلس من غير أن يقبل هو، لم يتقوه بكلمة بالموافقة أو الرفض، إلا أن ما صدر عنه من فعل كقيام ونحوه يفهم منه أنه أعرض عن الإيجاب الذى وجه إليه ورفضه، اللهم إلا إذا صدر منه ما ينفى هذه الدلالة المستفادة من الفعل مع السكوت<sup>(١)</sup>.

وكذلك بقاء المستأجر فى العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار مع سكوت المؤجر والمستأجر أيضا هذا الفعل — وهو استمرار سكناه — أو بقاءه فى العين المؤجرة مع نفيه الأجرة من المستأجر فهم منه إرادته فى تجديد عقد الإيجار ضمنا أو دلالة، كما أن قبض المؤجر للأجرة من غير كلام أيضا فيه دلالة الرضا.

وقياسا على ذلك كل صور التعبير " دلالة " كاستعمال المشتري للمبيع بعد علمه بالعيب، أو التصرف فيه مع توافر علمه بالعيب وعلمه بإمكانية رده. كل تلك التصرفات من شأنها الدلالة على الإرادة.

وهكذا، نجد أن الشخص صدر منه فعل ، فسكوته إذا ليس سكوتا مطلقا عن الكلام، وعن الفعل.

ونلك — بالطبع — بخلاف الوضع فى السكوت الذى لا يصاحبه فعل، ففي التعبير " دلالة " ليس للسكوت سكوتا مجردا، بل إن الشخص اتخذ مسلكا إيجابيا، يمكن استخلاص الإرادة منه . بخلاف السكوت الذى هو مجرد وضع سلبي بحث أو كف

---

(١) علمنا سابقا أنه لو قام من مجلسه قبل القبول أو وانشغل ثم صرح بالقبول فإنه يعمل بهذا التصريح ويبرر ما دل عليه فعله بناء على قاعدة مشهورة هي " لا عبرة للدلالة فى مقابلة التصريح " راجع ما سبق.

مطلق.

ولذلك، فإن استخلاص الإرادة من الفعل أو ذلك الوضع الإيجابي — في التعبير دلالة — أيسر من استخلاصها من السكوت حيث لا فعل ولا كلام.

ومن هنا أيضا نجد أن التعبير ضمنا أو دلالة ، طريق معتد به في التعبير عن الإرادة بلا جدال. على العكس من التعبير بالسكوت الذي تعد دلالاته على خلاف الأصل، كما أنها دلالة احتمالية.

اضف إلى ما سبق أن هنالك farkا آخر بين التعبير دلالة والتعبير بالسكوت، وهو أن التعبير " دلالة " يصلح للتعبير عن الإيجاب والقبول إذ قد يتضمنهما على نحو ما رأينا في نماذج التعبير دلالة التي عرضناها سلفا.

أما فيما يخص السكوت فإنه لا يمكن بجال أن يعبر عن الإيجاب ، إذ الإيجاب ينطوي على عرض موجه من شخص إلى آخر فلا يتصور عقلا أن يستخلص من السكوت. بل لابد من موقف إيجابي، ولذلك فإنه لا محل للكلام عن السكوت بوصفه معبرا عن الإيجاب<sup>(١)</sup>.

لكل ما تقدم ، يختلف التعبير " دلالة " أو ضمنا عن التعبير بالسكوت. وفي ذلك جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للمادة (١٤٢) التي أصبحت المادة (٩٨) من القانون المدني المصري : " ١ - ينبغي التفريق بين التعبير الضمني عن الإرادة ومجرد السكوت. فالتعبير الضمني وضع إيجابي، أما السكوت فهو مجرد وضع سلبي. وقد يكون التعبير الضمني بحسب الأحوال إيجابيا أو قبولا، أما السكوت فمن الممتنع على وجه الإطلاق أن يتضمن إيجابا وإنما يجوز في بعض الفروض الاستثنائية أن يكون قبولا .. " <sup>(٢)</sup>.

---

(١) انظر : د/ عبد الرزاق السنهوري — شرح القانون المدني — النظرية العامة للالتزامات نظرية العقد — مرجع سابق ص ١٥٦، د/ إسماعيل غنم — في النظرية العامة للالتزام — مرجع سابق ج ١ مصادر الالتزام ص ٨٢، د/ عبد المنعم البدر لوي — النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري — ج ١ مصادر الالتزام — مرجع سابق ص ١٧٥، د/ عبد الفتاح عبد الباقي — نظرية العقد والإرادة المنفردة — مرجع سابق ص ٩٩، د/ ميمر عبد الميسيقاغو — مصادر الالتزام والإثبات — مرجع سابق ص ٤٠، د/ سليمان مرقس — الوافي في شرح للقانون المدني — المجلد الأول — نظرية العقد والإرادة المنفردة — مرجع سابق ص ١٤٢، د/ عبد الهادي العطاقي — صور من طرق التعبير عن الإرادة في الفقه الإنجليزى والقنين للمدني السوداني — مرجع سابق ص ٨٨.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني — مرجع سابق — ج ٢ ص ٩٧ م (٩٨).

فهذا نص في الفرق بين التعبير دلالة والتعبير بالسكوت. وهو يركز على ما قلناه من توافر الوضع أو المسلك الإيجابي مع التعبير دلالة وتخلفه في حالة السكوت، وصلاحيّة التعبير دلالة للتعبير عن الإرادة إيجاباً أو قبولاً، وعدم صلاحية السكوت للتعبير عن الإيجاب، وإنما قد يصلح أحياناً للتعبير عن القبول<sup>(١)</sup>.

وإذا كنا قد أشرنا سلفاً إلى أن التعبير دلالة والتعبير بالسكوت كلاهما تعبير بطريق الدلالة، فإن الدلالة في الأول أقوى حيث تستفاد من فعل معين ولذا فهي تصلح للإيجاب والقبول وتسمى دلالة فعلية. أما في الثاني — أي السكوت — فإن الدلالة فيه دلالة حالية أو كما يطلق بعض أساتذتنا تعبير لسان الحال<sup>(٢)</sup>؛ لأنها تعتمد في اعتبارها على حال الساكت، والظروف المحيطة به وبمحل السكوت.

أي إنهما متفقان — من حيث الأصل في أن الإرادة تستخلص معهما " دلالة " لا تصريحاً ولكنهما مختلفان في طبيعتهما كما سبق أن ذكرنا.

---

(١) انظر في التفرقة بين التعبير الضمني والسكوت على سبيل المثال : د/ عبد الرزاق السنهوري — الوسيط في شرح القانون المدني الجديد — نظرية الالتزام بوجه علم — مصادر الالتزام — مرجع سابق ص ٢٢١، د/ عبد الحي حجازي — النظرية العامة للالتزام ج ٢ — مصادر الالتزام — مرجع سابق ص ١٧٢، أ/ على أبو المجد — أحكام النقص على مواد القانون المدني في ربع قرن — مرجع سابق ص ٩٨، د/ عبد المجيد التحكيم الوسيط في نظرية العقد — مرجع سابق ص ١٤٩، د/ عبد المنعم البدر لوي — النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري — ج ١ مصادر الالتزام — مرجع سابق ص ١٧٥، د/ فتحي عبد الرحيم عبد الله — العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانونين المصري والإنجليزي المقارن — مرجع سابق ص ٧٦، د/ عبد الفتاح عبد الباقي — نظرية العقد والإرادة المنفردة — مرجع سابق ص ٩٩، د/ سليمان مرقس — الوافي في شرح القانون المدني — المجلد الأول — نظرية العقد والإرادة المنفردة — مرجع سابق ص ١٤٢، د/ عبد الوود يحيى — الموجز في النظرية العامة للالتزامات — المصادر — الأحكام — الإثبات — دار النهضة العربية سنة ١٩٩٤ ص ٤٢، د/ أنور سلطان — الموجز في مصادر الالتزام — مرجع سابق ص ٦٣، د/ ثروت فتحي إسماعيل صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة — مرجع سابق ص ٨٧، د/ نزيه محمد الصادق المهدي محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام — مرجع سابق ص ٢٥٤، د/ على محي الدين للقرّة داغي — مبدأ قرضا في العقود — مرجع سابق ص ١١٧٠، د/ محمد جمال عثمان جبريل — السكوت في القانون الإداري — مرجع سابق ص ١١.

(٢) د/ مصطفى أحمد الزرقا — فقه الإسلامي في ثوبه الجديد ج ١ المدخل لفقهي العلم ص ٣٢٨، د/ أحمد فراج حسين — الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية — مرجع سابق ص ١٥٦، د/ عبد الحميد محمود البعلي — ضوابط عقود — مرجع سابق ص ١١٠.

## المطلب الرابع

### أساس اعتماد التعبير ( دلالة )

إن الناظر في كتب الفقه الإسلامي، وبخاصة فيما يتعلق بالتعبير عن الإرادة بطريق الدلالة يجد أن الفقهاء يعولون في ذلك كثيراً على العادة والعرف، وقد رأينا - فيما سبق - كثيراً من النصوص الفقهية التي تدل على ذلك .

ولما كان أساس اعتبار الدلالة لدى الفقهاء يتمثل في العادة والعرف، فإنه يحسن بنا - بداية وقبل الخوض في بيان ذلك - أن نبين - أولاً - مقصود الفقهاء بكل من العادة والعرف .

#### أولاً: المقصود بالعادة والعرف :

أما العادة فهي في اللغة : الدين : أى الدأب والاستمرار على الشيء، وسميت بذلك لأن صاحبها يعاودها. أى يرجع إليها، واعتاد الإنسان الشيء وتعود عليه أى صار عادة له، وهى تجمع على عادات وعوائد<sup>(١)</sup>.

وفى الاصطلاح، وردت تعريفات كثيرة للعادة كلها بالمعنى نفسه تقريباً، وهى فى مجموعها تتفق مع معناها اللغوي. فقد عرفها بعض العلماء بأنها : " غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها " <sup>(٢)</sup>. كما عرفها البعض بأنها : " الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية " <sup>(٣)</sup>. وعرفها البعض بأنها : " عبارة عما يستقر فى النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة " <sup>(٤)</sup>. وعرفها البعض بأنها: " هى ما استمر الناس عليه على حكم المعقول ، وعادوا إليه مرة بعد أخرى " <sup>(٥)</sup>.

---

(١) ابن منظور - لسان العرب - مرجع سابق جـ ٤ ص ٣١١، الرازي - مختار الصحاح - مرجع سابق - ص ٤٦١.

(٢) ابن فرحون - تبصرة الحكماء - مرجع سابق - جـ ٢ ص ٥٧.

(٣) ابن أمير الحاج - التقرير والتحجير - مرجع سابق جـ ١ ص ٢٨٢، د/ أحمد محمد الحصري - للتواعد الكلية للفقه الإسلامي - ص ٢٤٦.

(٤) ابن نجيم - الأشباه والنظائر - مرجع سابق ص ٩١، الحموي - غمز عيون البصائر - شرح كتاب الأشباه والنظائر - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى سنة ١٩٨٥ ص ٢٩٦، هذا لتعريف ما ورد فى شرح المجلة من أن العادة هى : عبارة عما استقر فى النفوس من الأمور المتكررة للمعقولة عند الطباع السليمة ، سليم رستم - شرح المجلة - مرجع سابق ص ٣٤ - وأيضاً على حيدر - درر الحكماء - مرجع سابق جـ ١ ص ٤٠.

(٥) اتجرجاني - التعريفات - مرجع سابق ص ١٨٨.

فالعادة — طبقاً لهذه التعريفات — تكرر أمر من الأمور — قولاً أو فعلاً<sup>(١)</sup> — أى حصوله مرة بعد مرة، إذ لا تحصل العادة بحصولها مرة من غير تكرار واستمرار. سواء أكان هذا القول أم الفعل المتكرر صادراً من الفرد أو من الجماعة. والعادة القولية منها: أن يعتاد قوم إطلاق لفظ لمعنى بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذلك المعنى. كالدابة على الحمار، والدرهم على النقد<sup>(٢)</sup>. والعادة العملية كاعتیاد الناس ختان الذكور والإناث، ومنه جريان البيع بالتعاطي، واعتیاد الناس عليه بمعنى وقوعه وقوعاً مستمراً متكرراً.

والعادة قد يكون مصدرها أمراً طبيعياً، كحرارة بعض المناطق وبرودتها اللتين نشأ عنهما عادة إسراع البلوغ، وإبطائه، وطبيعة الأرض التي تقتضي غلبة نوع من الأموال في الإقليم وصناعة أهله. وقد يكون مصدرها العقل. وتلقى الطباع له بالقبول<sup>(٣)</sup>. وقد يكون مصدرها الأهواء والشهوات كالتقاعد عن الخيرات وقصد الضرر وأكل المال بالباطل<sup>(٤)</sup>.

وأما العرف فهو في اللغة يطلق ويراد به معان كثيرة أهمها: أن العرف ضد النكر يقال: أولاه عرفاً أى معروفاً. والعرف أيضاً الإسم من الاعتراف والعرف والمعروف، والعارفة واحد وهو كل خصلة حسنة ترتضيها العقول وتطمئن إليها النفوس<sup>(٥)</sup>.

وفي اصطلاح الفقهاء فقد عرفه بعض الفقهاء بأنه: " ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول"<sup>(٦)</sup>.

(١) يلاحظ أن بعض العلماء قصر العادة على الفعل والعمل فقط وهو قصر لا معنى له، لأن الفقهاء من السلف والخلف أجزوا العادة في الأقوال والأفعال معاً. انظر: ابن أمير الحاج — التقرير والتحرير — مرجع سابق جـ ١ (ص ٢٨٢ د) / أحمد فهمي أبو سنة — العرف والعادة في رأى الفقهاء — مرجع سابق ص ١١.

(٢) ابن أمير الحاج — التقرير والتحرير — مرجع سابق جـ ١ ص ٢٨٢.

(٣) خلافاً لمن يحدد العادة بأنها لا تعتمد على العقل كما في التقرير والتحرير والذي عرفها بأنها: " الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية " ابن أمير الحاج — التقرير والتحرير — مرجع سابق جـ ١ ص ٢٨٢.

(٤) انظر في ذلك: د/ أحمد فهمي أبو سنة — العرف والعادة في رأى الفقهاء — مرجع سابق ص ١٠.

(٥) الرازي — مختار الصحاح — مرجع سابق ص ٤٢٦، القرطبي الجامع لأحكام القرآن — مرجع سابق المجلد الرابع جـ ٧ ص ٣١٠.

(٦) هذا التعريف منقول عن الإمام الغزالي مشار إليه عند د/ أحمد فهمي أبو سنة — العرف والعادة في رأى الفقهاء — مرجع سابق ص ٨، د/ محمد سلام مذكور — نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء — مرجع سابق ص ٤٢٦.

وعرفه البعض بأنه: " ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع السليمة بالقبول"<sup>(١)</sup>.

وبالنظر إلى هذين التعريفين نلاحظ التقارب الكبير بين العرف والعادة، لكن لو دققنا النظر لوجدنا: أن تعريف العادة الذى يقترب من هذين التعريفين لم يرد فيه إشارة إلى دور العقل بالنسبة للعادة. فلو راجعنا تعريف " ابن نجيم " الذى يقول فيه إن العادة هى ما يستقر فى النفوس من الأمور المتكررة عند الطبائع السليمة لعلمنا أنه لا يتحتم أن تكون العادة مصدرها العقل — لأنه ليس المصدر الوحيد لها — بل إن بعض العلماء قصد ذلك فى تعريفه للعادة، إذ عرفها بأنها: " الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية". أما فى هذين التعريفين رأينا التركيز على مصدر العرف وهو العقل. وهذا الفرق الدقيق غير واضح فى كثير من التعريفات، سواء للعرف أو للعادة، وهذا يقودنا إلى نقطة مهمة تتعلق بهذا الأمر وهى العلاقة أو النسبة بين العرف والعادة، وهل هما مترادفان أو متغايران. ولكن قبل بيان ذلك . نذكر أن العرف — من خلال تعريفه اصطلاحاً — هو الأمر الذى يستقر فى النفوس، سواء أكان هذا الأمر قولاً أم فعلاً. والذى يكون دائماً مصدره العقل، وهذا يعنى أن الجماعة ألفتة فى حياتها وفى سلوكها واستمروا عليه مدة طويلة حتى أصبح مستقراً فى ضمائرهم ، لما وجدوه فيه من تحقيق لمصالحهم وهو قد يكون عاماً — أو خاصاً إلا أنه لا يكون فردياً<sup>(٢)</sup>. ذلك لأن العرف بعناده جمهور الناس، ويتضح أيضاً من خلال تعريف العرف أنه يقوم على ركنين هما: التكرار والاضطراد ، والشعور بالإلزام<sup>(٣)</sup>.

#### العلاقة بين العرف والعادة:

يرى بعض العلماء أن العرف والعادة متغايران وليساً بمعنى واحد، فالعادة أعم من العرف وهو جزء منها، ذلك أن العادة قد تكون جماعية، وقد تكون فردية شخصية.

(١) الجرجاني — التعريفات — مرجع سابق ص ١٩٣.

(٢) د/ محمد سلام منكور — نظرية الإباحة — مرجع سابق ص ٤٢٧ ، راجع فى ذلك بشئ من التفصيل الشيخ عبد الوهاب خلاف — مصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه — مرجع سابق ص ١٤٥ د/ أحمد فهمى أبو سنة — للعرف والعادة فى عرف الفقهاء — مرجع سابق ص ٨، د/ عبد الكريم زيدان — الوجيز فى أصول الفقه — مرجع سابق ص ٢٥٢، د/ أحمد فراج حسين — أصول الفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ١٢٣.

(٣) انظر د/ محمد كمال إمام — أصول الفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ١٤٨.

يقال هذه عادتنا إذا كانت عادة للجماعة — قولية أو فعلية — ويقال هذه عانتى إذا كانت للفرد. وذلك حين يفعل فعلا من الأفعال ويتكرر منه بحيث يصبح اتبانه سهلا عليه ويشق عليه تركه. أما العرف فلا يصدق إلا على ما اعتاده جمهور الناس وألفوه<sup>(١)</sup> هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فإن العرف لا بد أن يكون مصدره العقل، بخلاف العادة، إذ قد يكون مصدرها العقل، أو الطبيعة، أو الهوى والشهوة، كما بينا سابقا.

كما أن بعض العلماء يقصر العادة على نوع معين فقط، وهي العادة العملية فلا تتناول القول. فقد جاء فى التقرير والتحبير بعد أن عرف العادة بأنها الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية ". ذكر أن المراد العرف العملى"<sup>(٢)</sup>. وقد سبق أن ذكرنا أن هذا القصر ليس له معنى، فالعادة تكون قولية وعملية.

ويرى جمهور العلماء أن العرف والعادة مترادفان ولا فرق بينهما ولذلك، فهم يعرفون العرف والعادة ويستعملونها بنفس المعنى، حتى إن ابن نجيم — رحمه الله — بعد أن عرف العادة بأنها : " ما يستقر فى النفس من الأمور المتكررة .." ذكر أنها أنواع ثلاثة: العرفية العامة، كوضع القدم، والعرفية الخاصة، كاصطلاح كل طائفة مخصوصة كالرفع للنحاه ، والفرق والجمع والنقض للنظار، والعرفية الشرعية كالصلاة والزكاة والحج، حيث تركت معانيها اللغوية بمعانيها الشرعية<sup>(٣)</sup>. فهذا يوضح تماما عدم التفرقة بين العرف والعادة، وهذا ما عليه أغلب الفقهاء، حيث لا يتعرضون للتفرقة بين العرف والعادة. لا من حيث المقصود بينهما، ولا من حيث شروطهما إلى غير ذلك مما يتعلق بهما — على نحو ما سنبينه بعد ذلك. بل إن الكثير يصرح بأنهما بمعنى واحد<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر فى ذلك د/ أحمد فهمى أبو سنة — العرف والعادة فى رأى القسهاء — مرجع سابق — ص ١٠ د/أحمد محمد الحصرى — للقواعد الكلية للفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ٢٤٧ د/ أحمد فراج حزين — أصول فقه الإسلامى — مرجع سابق — ص ١٥٨ د/ رمضان على السيد الشرنبلسى — أصول الفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ١٢٣.

(٢) ابن أمير الحاج التقرير والتحبير — مرجع سابق — ج ١ ص ٢٨٢ د/ أحمد فهمى أبو سنة — العرف والعادة — مرجع سابق ص ١١.

(٣) راجع ابن نجيم — الأئمة والنظار — مرجع سابق ص ٩٣، الحموى — غمز عيون البصائر شرح كتبخ الأئمة والنظار. مرجع سابق ص ٢٩٦.

(٤) سليم رستم — شرح المجلة — مرجع سابق ص ٣٥، على حيدر — درر الحكام بشرح مجلة الأحكام مرجع سابق ج ١ ص ٤٠ — انظر فى هذا الاتجاه على سبيل المثال، عبد الوهاب خلاف — مصدر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه — مرجع سابق ص ١٤٥، د/ صبحى محمصانى — فلسفة التشريع فى الإسلام — مرجع سابق ص ٢٤٠، د/ محمد سلام مذكور — نظرية الإباحة — مرجع سابق ص ٤٢٧ —

والواقع ، أننا لو أمعنا النظر في هذا الأمر لوجدنا أن كلا الاتجاهين صحيح فالعرف والعادة يختلفان من حيث المصدر — كما ذكرنا — على أساس أن العادة قد يكون مصدرها الجماعة أو الفرد، أما العرف فلا يصدر إلا عن الجماعة. وأيضاً أن العادة قد تصدر عن العقل وغيره أما العرف فلا بد أن يصدر عن العقل. وهذا يعنى أن بينهما عموماً وخصوصاً ، وأن العادة أعم من العرف من جهة المصدر فهما متغايران من هذه الناحية. إلا أن ذلك لا يعنى اختلافهما من حيث الأثر كذلك . فهما وإن كانا يختلفان من جهة المصدر، فإنهما يتفقان من حيث ما يترتب عليهما من آثار ولعل هذا هو ما جعل الفقهاء يستخدمون اصطلاحى العرف والعادة بمعنى واحد وسوف يتضح ذلك من خلال النصوص الفقهية التى تبين اعتماد الفقهاء عليهما فى بناء الأحكام الشرعية، ومن خلال صياغة بعض القواعد الفقهية ذات الصلة بهذا الشأن<sup>(١)</sup>.

وبناء على ما تقدم ، سوف نستخدم الاصطلاحين — العرف والعادة — بوصفهما مترادفين، لأنهما كذلك من حيث الأثر وهو ما يعنينا فى هذا المقام<sup>(٢)</sup>.

---

== وما بعدها ، د/ عبد الكريم زيدان — الوجيز فى أصول الفقه — مرجع سابق ص ٢٥٢، د/ محمد كمال إمام — أصول الفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ١٨٣، د/ محمد سراج أصول الفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ٢٣٣، د/ عبد الحليم لقونى — حسن النية وأثره فى التصرفات. مرجع سابق ص ٤٠٢ وما بعدها.، د/ عبد العزيز عزام — قواعد الفقه الإسلامى — مرجع سابق — ص ٤٤٤، د/ على الندوى للقواعد الفقهية— مرجع سابق ص ٦٥.

(١) انظر فى عرض هذه النقطة — للعلاقة بين العرف والعادة — د/ أحمد أبو سنة — العرف والعادة — مرجع سابق ص ١٣، د/ أحمد محمد الحصرى — القواعد الكلية للفقه الإسلامى ص ٢٤٧، د/ أحمد فواج — أصول الفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ١٥٨ ، د/ رمضان على السيد الشرنباصى — أصول الفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ١٢٣، د/ محمود العكازى — شرح للقواعد الفقهية — مرجع سابق ص ١٦٩.

(٢) تجدر الإشارة هنا إلى أنه إذا كان للعرف والعادة فى الفقه الإسلامى يرتبان نفس الأثر فى بناء الأحكام الشرعية، فإنهما فى القانون الوضعى مختلفان تماماً. فالعرف هو: " مجموعة القواعد القانونية التى تنشأ من اعتياد الناس على نوع معين من السلوك مع اعتقادهم بأنه ملزم قانوناً" أما للعادة فهى: " عبارة عن الاعتقاد على إتيان نوع معين من السلوك دون الشعور بأنه ملزم ". فالعرف له ركنان. مبادئ وهو الاعتقاد، ومعنوى وهو الشعور بالإلزام . أما العادة فليس لها إلا ركن واحد وهو الاعتقاد وليس بها إلزام قانونى بل أن الجزاء على مخالفتها يقتصر على جزاء أدبى وهو استنكار الناس ولذلك فالعرف مصدر من مصادر القانون والقاعدة القانونية العرفية ملزمة. أما العادة فليست ملزمة فى الأصل إلا أنها تكون كذلك بالاتفاق الصريح أو الضمنى. فالعرف والعادة فى القانون الوضعى مختلفان. راجع فى ذلك د/ محمد على عمران ، د/ حسين النورى — مبادئ العلوم القانونية — مرجع سابق ص ١٠٩ وما بعدهما. د/ عبد النعم فرج الصدة — دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى فى المعاملات المالية — مرجع سابق ص ٤١، د/ عبد الرازق حسن فرج — المدخل لدراسة القانون — نظرية القانون مطبعة الفجر الجديد سنة ١٩٨٣م ص ١٠٥ وما بعدها. د/ نبيل إبراهيم سعد، د/ همام محمد محمود —==



## ثانياً: أثر العرف والعادة على التعبير دلالة :

انتهينا فيما سبق إلى أن العرف والعادة يستخدمان في إطار الفقه الإسلامي بمعنى واحد، وهنا نريد أن نبين أثرهما في اعتماد الفقهاء للتعبير عن الإرادة بطريق الدلالة ودليلهم في ذلك:

وفي صدد اعتبار الفقهاء للعرف والعادة في مجال التعبير " دلالة " أورد الفقهاء نصوصاً فقهية كثيرة تؤكد اعتمادهم عليهما في هذا المجال، كاعتمادهم عليهما في غير ذلك من مسائل الفقه الإسلامي.

من هذه النصوص على سبيل المثال : " أن ما عده الناس بيعاً فهو بيع" <sup>(١)</sup> ، " كل ما جرت العادة فيه بالمعاطاة ، وعدوه بيعاً فهو بيع ، وما لم تجر العادة فيه بالمعاطاة لا يكون بيعاً " <sup>(٢)</sup> ، " .. إن الله تعالى أحل البيع ... ولم يثبت في الشرع لفظ له ، فوجب الرجوع إلى العرف " <sup>(٣)</sup> ، " إن كل ما هو متناول اسم البيع عرفاً ودخل في المبيع ، وإن لم يذكر صريحاً " <sup>(٤)</sup> ، " .. لأن الفعل يدل على الرضا عرفاً " <sup>(٥)</sup> ، " .. إن الدلالة على الرضا يكفي فيها الفعل ، لأنه يدل على الرضا في كثير من الأمور دلالة عرفية " <sup>(٦)</sup> ومنها أيضاً : " ... ودخلت فيه الدلالة المطابقة كبعت واشتريت .. والعرفية كالمعاطاة " <sup>(٧)</sup> إلى غير ذلك من النصوص الفقهية التي تدل على اعتبار الفقهاء للعرف والعادة في استخلاص الإرادة، لا من اللفظ فحسب، وإنما أيضاً من أي فعل يصدر من الشخص في مقام التعبير عن الإرادة بصورها أو في مجالاتها المتعددة، حيث يستدل

---

== المبادئ الأساسية في القانون — مرجع سابق ص ٨٣ وما بعدها. د/ عصام أنور سليم — أسس الثقافة القانونية للتجاربيين سنة ٢٠٠١م ص ٩٧، د/ ثروت أنيس الأسيوطي — المرجع السابق ص ١٨٧.

(١) النوى — المجموع — مرجع سابق ج ٩ ص ١٤٩.

(٢)، (٣) ابن خطيب الدهشة مختصر من قواعد العلاني وكلام الإنسوي — مرجع سابق — ج ١ ص ٢٥٣، ومثل ذلك أيضاً : " ويكفي في المحقر ... وهو ما اعتاده الناس " العنسي — لتاج المذهب لأحكام المذهب — مرجع سابق ج ٢ ص ٣١٤، وأيضاً في حد المحقرات .. وأحالتها آخرون إلى العرف الكركي جامع المقاصد — مرجع سابق ج ٤ ص ٥٩ وأيضاً " أنه يعتقد بالتعاطي في الأشياء الخسيسة فيما جرت به العادة ولا يعتقد فيما لم تجر به العادة، ابن مودود الموصلي الاختيار لتعليل المختار — مرجع سابق — ج ٤ ص ٤، الزيلعي — تبيين الحقائق ج ٤ ص ٤.

(٤) البابرّي — شرح العناية على الهداية — بهامش فتح القدير — مرجع سابق — ج ٥ ص ٩٧.

(٥)، (٦) الحطاب — مواهب الجليل لشرح مختصر خليل — مرجع سابق — ج ٤ ص ٢٢٨، ص ٢٢٩.

(٧) الخرشي — شرح الخرشي على مختصر الجليل — مرجع سابق ج ٣ ص ٣٦١.

على إرادته بدلالة للفعل في التعاقد بالمعاطاة، وفي غيرها من طرق التعبير "دلالة" على نحو ما بينا سابقا. واعتبار الفقهاء للعرف والعادة ليس مقصورا على مجال التعبير عن الإرادة فقط، وإنما هو أصل كذلك في مسائل كثيرة من مسائل الفقه الإسلامى.

وفي هذا: يقول الإمام ابن نجيم: "واعلم أن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه الفقه في مسائل كثيرة، حتى جعلوا ذلك أصلا، فقالوا في الأصول في باب ما تترك به الحقيقة: تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة"<sup>(١)</sup>.

ويقول الإمام السيوطى: "واعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه الفقه فى مسئلة لا تعد كثرة، فمن ذلك: سن الحيض، والبلوغ ... وفى المعاطاة على ما اختاره النووي"<sup>(٢)</sup>.

ويقول الإمام الشاطبى: "العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعا كانت شرعية فى أصلها أو غير شرعية، أى سواء أكانت مقررة بالدليل شرعا أم لا"<sup>(٣)</sup>. والعوائد جمع عادة.

وهكذا، يتضح منهج الفقهاء فى اعتبارهم للعرف والعادة أصلا من أصول التشريع، وبناء الأحكام، كما يتضح أيضا استخدامهم اصطلاحى العرف والعادة بوصفهما مترادفين.

### ثالثا: دليل اعتبار العرف والعادة:

علمنا فيما سبق أن للفقهاء اعتبروا العرف والعادة فى مجال التعبير عن الإرادة. أما عن دليلهم فى ذلك أى أصل هذا الاعتبار، فهو يكمن فى القاعدة الفقهية الكبرى<sup>(٤)</sup>:

---

(١) انظر ابن نجيم - الأئباه والنظائر - مرجع سابق ص ٩٣، وذكر الإمام ابن نجيم فى هذا الصدد وختلف العلماء فى عطف العادة على الاستعمال فقيل: هما مترادفان وقيل المراد من الاستعمال: نقل اللفظ عن موضوعه الأصلي إلى معناه المجازى شرعا وغلبة الاستعمال فيه أو من العادة نقله إلى معناه المجازى عرفا.

(٢) السيوطى - الأئباه والنظائر - مرجع سابق ص ٩٩، للسبكي - الأئباه والنظائر - مرجع سابق ج ١ ص ٥٠.

(٣) الشاطبى - المعوقات - مرجع سابق ج ٢ ص ٥٧٣.

(٤) ومعنى قاعدة كبرى أى قاعدة من القواعد التى تعتبر أمهات القواعد ومباني الأحكام الشرعية من نصيبه ولجتهلية وتلك مثل قاعدة: الأمور بمقاصدها، وقاعدة: لا ضرر ولا ضرار، وقاعدة: اليقين لا يزول بالشك أو لا يزال بالشك، وقاعدة: المشقة تجلب التيسير، والقاعدة التى معنا: العادة محكمة. انظر فى ذلك: السبكي - الأئباه والنظائر - مرجع سابق ج ١ ص ١٢ وما بعدهما، السيوطى - الأئباه والنظائر - مرجع سابق ص ٨، ابن نجيم - الأئباه والنظائر - مرجع سابق ص ١٥، د/ على =

" العادة محكمة". ومعنى هذه القاعدة أن العادة عامة كانت أو خاصة<sup>(١)</sup>، تكون مرجعا لإثبات حكم شرعي، ما لم ينص على خلافه، فلو لم يرد نص يخالفها أصلا، أو ورد وكان عاما فإن العادة تعتبر دليلا تبنى عليه الأحكام الشرعية فالعادة محكمة من الأمور التي تتكرر عادة؛ لأنها وليدة الحاجة والمصلحة التي لا تتعارض مع بصوص الشريعة ومقاصدها<sup>(٢)</sup>.

وأصل هذه القاعدة الفقهية حسبما ورد في كتب القواعد الفقهية بما روي أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن<sup>(٣)</sup>.

== الندوى - القواعد الفقهية - مرجع سابق ص ٢٩٣ ، د/ عبد العزيز عزم - قواعد الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٣٢ ، د/ أحمد محمد الحصري - القواعد الكلية للفقه الإسلامي - مرجع سيق ص ٢٤٦.

(١) يقول الإمام الشاطبي في ذلك: العوائد ضربان بالنسبة إلى وقوعها في الوجود. أحدهما: العوائد العامة التي لا تختلف بحسب الأعصار والأمصار والأحوال كالأكل والشرب والتفرج والحزن...، والثاني: العوائد التي تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال كهيئة اللباس والمسكن - انظر الشاطبي - الموافقات - مرجع سابق ج ٢ ص ٥٨٣ وعلى ذلك فالعادة العامة أو تعرف العام ما يكون متعارف عليه في سائر البلاد والأزمان. أما الخاصة فهي التي تعرف عند قوم أو في بلد أو عند فئة معينة وتسمى العرف الخاص انظر سليم رستم - شرح المجلة - مرجع سابق - ص ٣٥، علي حيدر - برر الحكم شرح مجلة الأحكام - مرجع متابق - ج ٢ ص ٤٠، محمد الحسين آل كاشف الغطاء - تحرير المجلة ص ٣١.

(٢) الشاطبي - الموافقات - مرجع سابق ج ٢ ص ٥٧٣ وسليم رستم - شرح المجلة - مرجع سيق ص ٣٤ (م ٣٦) ، محمد الحسين آل كاشف الغطاء - تحرير المجلة - مرجع سابق - ص ٣١، د/ حسين محمود حسنين - العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - دار القلم - الإمارات دبي - الطبعة الأولى سنة ١٩٨٨ ص ١٦٠، د/ علي الندوى - القواعد الفقهية - مرجع سيق ص ٢٩٣٦ ، انظر د/ أحمد محمد الحصري - القواعد الكلية للفقه الإسلامي - مرجع سبق - ج ١ ص ٤٦، د/ عبد العزيز عزم - قواعد الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٢٤٤، د/ محمود المعكازي - شرح القواعد الفقهية - مرجع سابق ص ٢٩٣ وما بعدها.

(٣) انظر في ذلك ابن خطيب الدهشة - مختصر من قواعد العلائي وكلام الإمامي - مرجع سابق ج ١ ص ٢٥٢، ابن نجيم الأشباه والنظائر - مرجع سابق ص ٩٣، السيوطي - الأمية والنظائر - مرجع سابق ص ٩٩، السبكي - الأمية والنظائر - مرجع سابق ج ١ ص ٥٠، د/ حسين محمود حسنين - العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - مرجع سابق ص ١٦٠. وقد جاء في هذه المصادر قال العلائي : ولم أجده أي الحديث - المستدل به مرفوعا في شيء من كتب الحديث أصلا ولا بسند صحيح بطول الحديث وكثرت السهال وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود، موقوفا عليه - وفيه استدلال بعض العلماء بهذه القاعدة من القرآن الكريم بقوله تعالى " ومن يشفق للرسول من بعد ما تبين له الهدى - فليطع غير سبيل المؤمنين توله ما تولى النساء ١٦٥. انظر د/ عبد العزيز عزم - قواعد الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٢٤٥ وقد ذكر بعض العلماء أيضا أن هناك آيات قرآنية كريمة كثيرة فيها التلميح بهذه القاعدة المشهورة الأساسية منها قوله تعالى " ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف ==

فهذا دليل على اعتبار العادة والعرف في تشريع الأحكام عامة، وفي اعتماد التعبير عن الإرادة — وهو موضوعنا — خاصة، وهذا يعنى: أن العادة حكمها الشارع وهو تحكيم يستمد قوته الملزمة من الشرع<sup>(١)</sup>. إذا هذه القاعدة يصح الاعتماد عليها واعتبارها حجة لأنها تستند إلى نص شرعي.

وقد نقل بعض العلماء أن تحكيم العادة من الأمور الشرعية هو إجماع الفقهاء المبني على سابقات قضائية إسلامية<sup>(٢)</sup>، وقواعد فقهية غير تلك القاعدة، ذات الصلة بها وتؤدي المعنى نفسه في الاعتراف للعادة والعرف. بحجية فى مجال التعبير عن الإرادة<sup>(٣)</sup>.

ومن أهم القواعد التى تدل على ذلك أيضا ما نقل عن الإمام الكرخي: "الأصل أن للحالة من الدلالة ما للمقالة"<sup>(٤)</sup>.

---

==البقرة ٢٢٨، وقوله تعالى "وعلموهن بالمعروف" النساء ١٩، إلى غير ذلك من الآيات التى ترشد إليها حسن المعاملة وأداء الحقوق بالمعروف والمعتاد الذى ترتضيه العقول وتطمئن إليه القلوب ولا شك أن ذلك متغير حسب الأحوال. راجع فى ذلك تفصيلا د/ على الندوى — القواعد الفقهية — مرجع سابق ص ٢٩٣ وما بعدها. كما استدل العلماء لهذه القاعدة بالمعقول وذلك لأن العادات لو لم تعتبر لأدى ذلك إلى تكليف ما لا يطاق وهو غير جائز وغير واقع وتحويل الناس عن عاداتهم فيه حرج عظيم ورفعته من المبادئ الكلية فى الشريعة فالعقل يثبت العرف اعتبارا للواقع فمن غير المعقول أن تتناقض القواعد العامة عن تطبيقها على الحياة العملية للمكلفين. انظر فى ذلك الشاطبى — الموافقات — مرجع سابق ج ٢ ص ٥٧٥، د/ محمد سلام منكور — نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء — مرجع سابق ص ٤٦٦ د/ محمد كمال إمام — أصول الفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ١٩٠.

(١) انظر د/ حسنين محمود حسنين — العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى — مرجع سابق ص ١٦٠.

(٢) د/ صبحى محمصانى — فلسفة التشريع فى الإسلام — مرجع سابق ص ٢٤٠، د/ عبد العزيز عزام — قواعد الفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ٢٤٦.

(٣) من هذه القواعد المندرجة تحت قاعدة: "العادة محكمة" وتؤدى معناها قاعدة: "المعروف عرفا كالمشروط شرطا، والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم" قاعدة للتعين بالعرف كالتعنين بالنص قاعدة استعمال الناس حجة يحب العمل بها، قاعدة: الممتنع عادة كالممتنع حقيقة، قاعدة: الحقيقة تترك بدلالة العادة، وقاعدة: للكتاب كالخطاب، وقاعدة: الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان. وقاعدة: لا ينكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان أو الأحكام المترتبة على العوائد تتبع العوائد وتتغير عند تغييرها.

انظر فى ذلك: د/ صبحى محمصانى — فلسفة التشريع فى الإسلام — مرجع سابق ص ٢٤١ د/ على الندوى — القواعد للفقهية — مرجع سابق ص ٦٥، ص ١٩٥، د/ عبد العزيز عزام — قواعد الفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ٢٥٨ وما بعدها، د/ أحمد محمد الحصرى — القواعد للكلية للفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ٢٤٦ وما بعدها، د/ محمد سراج — نظرية العقد فى الفقه الإسلامى مرجع سابق ص ٢٢١، د/ رمضان الشرنباوى — أصول الفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ١٢٨.

(٤) د/ على الندوى — القواعد للفقهية — مرجع سابق ص ١٦٣.

وتعنى هذه القاعدة — بإيجاز — أن حالة الشخص فى موقف ما قد تكشف عن إرادته، كما تكشف عنها أقواله، ولاشك أن أساس ذلك أيضا العادة والعرف<sup>(١)</sup>.

ومثل ذلك أيضا ما ذكره الإمام عز الدين بن عبد السلام فى : " فصل فى تنزيل الدلالة العادية منزلة الدلالة اللفظية". أو : " فى تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال". وساق لذلك أمثلة كثيرة تعد الدلالة فيها بمنزلة الأقوال<sup>(٢)</sup>.

نخلص مما سبق إلى أن الفقهاء اعتمدوا على العرف والعادة فى استخلاص الإرادة من خلال فعل، أو وضع إيجابى، كالتبادل الفعلى، أو غيره من الأفعال التى تستشف منها الإرادة إزاء عقد من العقود، أو تصرف من التصرفات، على نحو ما بينا من خلال ما عرضنا من صور للتعبير عن الإرادة بطريق الدلالة، وذلك بناء على قاعدة : " العادة محكمة " وما يندرج تحتها ويتفرع عنها من قواعد ذكرناها فى الحاشية<sup>(٣)</sup>. نظرا لعدم اتساع المقام لذكرها، اكتفاء بما يعيننا فى هذا المقام من أن العادة والعرف يقومان مقام اللفظ والنطق فى الدلالة على الإرادة فى عقد أو إذن أو منع أو التزام.. أو ما إلى ذلك حيث يستغنى عن اللفظ فى هذه الأمور بالعادة للجارية بين الناس دالة على شئ ما، إذ إنها تجرى مجرى النطق بالعبارات الدالة على مضمونها فى اعتبار الشارع<sup>(٤)</sup>. وفى ذلك يقول ابن عابدين رحمه الله : " إن البناء على العادة الظاهرة واجب "<sup>(٥)</sup>.

---

(١) ذكر الدكتور على الندوى تقريرا على هذه القاعدة وهو " أن من أودع رجلا مالا ، ففعله إلى من هو فى عياله فهلك غده لم يضمن، وإن لم يصرح له بالإذن بالدفع إلى غيره لأنه لما أودعه مع علمه بأنه لا يمكنه أن يحفظه بيده آناء الليل وأطراف النهار كان ذلك إنا منه دالة أن يحفظه لما يحفظ ماله نفسه وكان ذلك كالإذن به صريحا"

انظر فى ذلك د/ على الندوى — القواعد الفقهية — مرجع سابق ص ١٦٣.

(٢) انظر : الإمام عز الدين بن عبد السلام — قواعد الأحكام فى مصالح الأنام — مرجع سابق — ص ١٢٦، والقواعد الصغرى للمسمى : " القوائد فى مختصر القواعد " — مرجع سابق ص ١٠٣، ومن الأمثلة المسوقة لذلك فى هذين للصدين: حمل الأجور والأثمان على أجرة المثل، وثن المثل ونقود البلدان، وحمل الإذن فى الأنكحة على الكفء، ومهر المثل، والاستصناع ، وتقديم الطعام إلى الضيفان.. فى كل تلك الأمثلة يستدل على الإرادة بدلالة العادات والأعراف لا باللفظ. وفى مثل ذلك أيضا انظر: ابن القيم — الطرق للحكمة — مرجع سابق — ص ١٩.

(٣) انظر د/ أحمد محمد الحصرى — القواعد الكلية للفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ٢٤٩.

(٤) مشار إليه فى كتاب د/ محمود العكازى — شرح القواعد الفقهية — المرجع السابق ص ١٧٤.

وتَجْدَر الإشارة إلى أن اعتبار العرف والعادة على النحو السابق مشروط بما اشترطه الفقهاء لذلك، من ضرورة أن تكون العادة أو العرف من الأمور المتكررة الشائعة، وفي ذلك كانت القاعدة الفقهية : "إنما تعتبر العادة إذا اطرقت أو غلبت" (١) وقد قررتها مجلة الأحكام العدلية في المادة (٤١) منها. ومعنى الاطراد الاستمرار وعدم التخلف، أو إن تخلفت أحيانا فلا تتخلف على الأكثر.

كما يشترط أن تكون سائغة مبادرة، ومعنى ذلك أن تكون العادة أو يكون العرف من الأمور المستفيضة الشائعة بين الناس. وفي ذلك أيضا كانت القاعدة : "العبارة للغالب الشائع لا للنادر" (٢).

كما يشترط أيضا أن يكون العرف سابقا أو مقارنا لا متأخرا، أي إن يكون العرف موجودا وقت وجود المعاملة أو التصرف الذي يحتج بالعرف على أساسه. فالعرف أو العادة الطارئة بعدها لا عبارة له، وفي ذلك قال الفقهاء: إن العرف الذي تخمّل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر، ولا عبارة للعرف الطارئ (٣).

كما يشترط قبل كل ذلك ألا تتعارض العادة أو العرف مع نص شرعي أو اتفاق للمتعاقدين؛ لأنه لا عبارة للعرف أو العادة في مقابلة النص الشرعي أو اتفاق

(١) انظر: السيوطي - الأشباه والنظائر - مرجع سابق ص ١٠١، ابن نجيم - الأشباه والنظائر - مرجع سابق ص ٩٩، درر الحكام - مرجع سابق ج ١ م (٤١)، سليم رستم - شرح المجلة - مرجع سابق ص (٤١) م ٣٧، د/ عبد العزيز عزام - قواعد الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٢٦١، د/ أحمد تحصيلي - قواعد الكلية للفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٢٥٣، د/ صبحي محمصاني - فلسفة التشريع في الإسلام - مرجع سابق ص ٢٤٢، د/ محمود العكازي - شرح للقواعد الفقهية - مرجع سابق ص ١٧٢.

(٢) انظر: سليم رستم - شرح مجلة - مرجع سابق م (٤٢) ص ٣٧، علي حيدر - درر الحكام - مرجع سابق ج ١ م (٤٢) ص ٤٥، صبحي محمصاني - فلسفة التشريع في الإسلام - مرجع سابق ص ٢٤٢، د/ عبد الكريم زيدان - توجيز في أصول الفقه - مرجع سابق ص ٢٥٠، د/ رمضان الشرنباصي - أصول الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ١٢٩، د/ محمد سراج - أصول الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٢٣٤.

(٣) انظر - ابن نجيم - الأشباه والنظائر - مرجع سابق - ص ١٠١، السيوطي - الأشباه والنظائر - مرجع سابق - ص ١٠٦، سليم رستم - شرح المجلة - مرجع سابق ص ٣٧، د/ أحمد فهمي أبو سنة. العرف والعادة - مرجع سابق ص ٦٥، د/ عبد الكريم زيدان - توجيز في أصول الفقه - مرجع سابق ص ٢٥٦، د/ رمصد - تحصيلي - أصول الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ١٣٠، د/ صبحي محمصاني - فلسفة التشريع في الإسلام - مرجع سابق ص ٢٤٢، د/ عبد العزيز عزام - قواعد الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٢٧٩.

المتعاقدين، والعرف المخالف للنص الشرعى يسمى بالعرف الفاسد، وهو ما يتعارفه الناس مما هو مخالف للشرع أو يجلب ضررا أو يفوت مصلحة كتعارفهم بعض العقود الربوية، أو بعض العادات المستتكرة، أى إنه يشترط أن يكون العرف الذى تحمل عليه التصرفات عرفا صحيحا لا فاسدا وهو مالا يتعارض مع نص شرعى. وكذا لا يخالف نصا أو شرطا من المتعاقدين<sup>(١)</sup>.

فإذا توافرت تلك الشروط فى العرف والعادة يعمل بهما فى كل ماورد به الشرع مطلقا، ولا ضابط له فيه، ولا فى اللغة<sup>(٢)</sup>. وقد رأينا فيما سبق عند الكلام عن المعاطاة. ذكرنا أن المجيزين للمعاطاة يستدلون بأن الله تعالى أحل البيع، ولم يحدد له لفظا فوجب الرجوع فيه إلى العرف والعادة<sup>(٣)</sup>. وأما المانعون من الاعتداد بالمعاطاة فيقولون إن الرضا الذى تحل به الأموال رضا خاص وهو الذى يتضمنه الإيجاب والقبول<sup>(٤)</sup>.

---

(١) انظر: على حيدر - درر الحكم - مرجع سابق - ج ١ ص ٤٠، عبد الوهاب خلاف - مصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه - مرجع سابق ص ١٤٦، د/ أحمد فهمى أبو سنة - العرف والعادة - مرجع سابق ص ٦١، د/ صبحى محمصانى - فلسفة التشريع فى الإسلام - مرجع سابق ص ٢٤٢، د/ محمد سلام منكور - نظرية الإباحة - مرجع سابق ص ٤٢٨، د/ أحمد الحصرى - لقواعد الكلية للفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ٢٥٣، د/ عبد الكريم زيدان - الوجيز فى أصول الفقه - مرجع سابق ص ٢٥٦، د/ رمضان الشرنباصى - أصول الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ١٣٠، د/ محمد سراج أصول الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ٢٣٤، د/ عبد الحليم القونى - حسن النية واثره فى التصرفات - مرجع سابق ص ٤٠٦، د/ محمد كمال إمام - أصول الفقه - مرجع سابق - ص ١٨٥. جاء فى درر الحكم: فى أن النص أقوى من العادة " وضع الطعام أمام الضيف بحكم العرف والعادة إذن له أن يتناول من ذلك للطعام إلا أن صاحب البيت إذا منع الضيوف من تناول الطعام فقد صدر منه نص - بخلاف العرف والعادة ويكون على الضيف أن يعمل بحكم النص ويمتنع عن الطعام ولا يعمل بالعرف والعادة ". انظر: على حيدر - درر الحكم - ج ١ ص ٤٠.

(٢) السبكى - الأشباه والنظائر - مرجع سابق - ج ١ ص ٥١، الإسنوى - التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول - مرجع سابق ص ٢٢٤، ابن خطيب الدهشة - مختصر من قواعد العلانى وكلام الإسنوى مرجع سابق ج ١ ص ٢٥٣، المسبوطى - الأشباه والنظائر - مرجع سابق ص ١٠٩، د/ على النسنوى القواعد الفقهية - مرجع سابق - ص ٣٠١، ٣٠٢.

(٣) راجع ما سبق فى المعاطاة.

(٤) راجع: الزنجانى - تخريج الفروع على الأصول - مرجع سابق - ص ٤٣ وراجع أيضا ما سبق فى المعاطاة.

## السكوت والإذعان:

بقيت مسألة ذات صلة بما نحن فيه - التمييز بين السكوت وما يشتبّه به - وهى مسألة القبول فى عقود " الإذعان"<sup>(١)</sup> والجامع بين السكوت وتلك العقود هو ذلك القاسم المشترك بينهما. فالسكوت موقف سلبي بحت ، والإذعان خضوع دون مجادلة ومن هنا فإن سلبية الموجه إليه الإيجاب هى الصفة المشتركة بين من التزم السكوت عندما وجه إليه الإيجاب، ومن أذن لمثل هذا الإيجاب دون مناقشة منه للموجب.

إضافة إلى ذلك، أنه قد ثار الخلاف من زمن حول مدى عد كل منهما قبولا، أى إن طبيعتهما القانونية لم تتحدد تحديدا قاطعا وحاسما واختلف الرأى بشأنها<sup>(٢)</sup>.

(١) وعقد الإذعان: هو العقد الذى يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضرورى تكون محل احتكار قانونى أو فعلى، أو تكون المنافسة محدودة النطاق فى شأنها " أو هو التصرف الذى يبين به أحد طرفى التعاقد والذى يعلم أن الطرف الآخر يقصد التعامل طبقا لبنود المشاركة. قصده بالخضوع لهذا الاتفاق طبقا لبنوده ". وفكرة عقد الإذعان فى فقه القانون الوضعى لم تظهر إلا فى عهد قريب . كثمرة للتطورات الاقتصادية الحديثة وما صاحبها فى قبلم مشروعات كبيرة تقوم على تقديم السلع والخدمات الضرورية للجمهور كما هو الحال فى شركات التأمين والبنوك والنقل البحرى أو الجوى إضافة إلى عقود ومؤسسات الماء والكهرباء والهاتف حيث تلجأ هذه المشروعات إلى إعداد عقود نموذجية سلفا لتطبيقها على جميع المتعاملين معها دون أن يكون لهم مناقشة شروطها وسميت بعقود الإذعان نظرا لأن أحد المتعاقدين فيها يذعن للشروط التى يعرضها عليه المتعاقد الآخر. وتتميز هذه العقود بأنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلكين أو المنفعين واحتكار هذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها وتوجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط متماثلة على وجه السدوم بالنسبة إلى كل فئة منها. انظر فى التعرف على عقود الإذعان وخصائصها على سبيل المثال /أ/ على أبو المجد - أحكام النقض على مواد القانون المدنى فى ربع قرن - مرجع سابق ص ٩٩ وما بعدها/د/ عبد المنعم للبراوى - النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى للمصرى - مرجع سابق ص ٧٤، د/عبد المجيد الحكيم - الوسيط فى نظرية العقد - ج ١ - انعقاد العقد - مرجع سابق ص ١٥٤ وما بعدها. د/ جميل الشرفاوى - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الأول - مصادر الالتزام دار النهضة العربية سنة ١٩٧٦ ص ٥٦٠، د/ عبد الحميد البعلى - ضوابط العقود - مرجع سابق ص ١٢٥ وما بعدها، د/عبد المنعم فرج الصدة - نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى - مرجع سابق ص ٢٤٦ وما بعدها. د/ محسن البيه - مشكلتان متعلقتان بالقبول السكوت والإذعان مرجع سابق ص ١٢٥ وما بعدها د/ يوسف عبد الهادى الإكيبى - النظام القانونى لعقود نقل التكنولوجيا فى مجال القانون الدولى الخاص سنة ١٩٨٩ ص ٣٢٢ وما بعدها، د/ مصطفى الجمال - القانون المدنى فى توبه الإسلامى - مصادر الالتزام - مرجع سابق ص ٩٥ وما بعدها - ولسيادته أيضا - السعى إلى التعاقد فى القانون المقارن - مرجع سابق ص ١٠٠ وما بعدها.

(٢) د/ محسن البيه - مشكلتان متعلقتان بالقبول - السكوت والإذعان - مرجع سابق ص ٦.



إلا أنهما وإن كانا يشتركان في تلك الحالة السلبية التي يكون عليها القابل، فإنه يمكن القول مع ذلك إنه في حين يتمثل الإذعان أقصى صور التعبير عن الإرادة بالقبول، حيث يتضمن تسليمًا غير مشروط بكل ما عرضه الموجب، فإن السكوت على العكس يعد أضعف هذه الصور، بل إنه لا يعد تعبيرًا إلا استثناءً فهما يقفان " إذا " على طرفي نقيض، فإن من يلتزم الصمت يعلم أن ليس به حاجة إلى اتخاذ أى موقف إيجابي إذ على الطرف الآخر - إن أراد العقد - أن يثبت أن هذا السكوت يدخل في إحدى الحالات التي يعد فيها هذا السكوت قبولًا، أما المذعن فهو - في الغالب - مضطر إلى التعاقد ولذا، فليس أمامه إلا التسليم دون قيد أو شرط بما يحدده الموجب من شروط<sup>(١)</sup>. مع ملاحظة أن المذعن لا يلتزم صمتًا مطلقًا، إذ يمكن عد إقدامه على التعاقد في حد ذاته قبولًا<sup>(٢)</sup> كما أن صمته له دلالة بحكم القانون.

---

(١) د/ محسن التبيه - المرجع لسابق ص ٢٢٣، د/ عبد الرازق حسن فرج - دور السكوت في التصرفات القانونية - مرجع سابق ص ١٥٤. وقد نصت المادة (١٠٠) في القانون المدني المصري على أن القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها.

انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - مرجع سابق ج ٢ ص ٦٧، د/ عبد الوود يحيى - الموجز في النظرية العامة للالتزامات - الأحكام والإثبات - مرجع سابق ص ٤٦، د/ ثور سلطان - الموجز في مصادر الالتزام - مرجع سابق ص ٦٦، د/ عمر السيد أحمد عبد الله - إبرام العقود في قانون المعاملات المدنية الإماراتي - مرجع سابق ص ٣١.

(٢) الفقه الإسلامي لم يواجه عقود الإذعان بمفهومها السابق - نظرا لارتباطها بظواهر جديدة أفرزتها الاقتصاديات الحديثة - غير أن الفقه الإسلامي تكلم بتفصيل واسع عن الاحتكار وتلقى الركبان وبيع الحاضر للبادئ وهذه الصور من البيوع تعبر عن جوهر ما يسمى بعقود الإذعان في القانون الوضعي وفقهه: ثم إن ما ترخر به مثل هذه العقود عادة من شروط تعسفية لا تخلو من تناقض مع أصول الشريعة ومبادئها العامة فعدم مواجهة الفقه الإسلامي لها ليس عن جهل أو نسيان إنما لأنها لا تتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية - انظر د/ عبد الحميد البعلی - ضوابط العقود - مرجع سابق ص ١٢٨ د/ مصطفى الجمال - القانون المدني في ثوبه الإسلامي - مرجع سابق ص ٩٦.

# الباب الثاني

حكم السكوت

## الباب الثاني

### حكم السكوت

والمقصود بحكم السكوت أمران . الأول : حكمه بمعنى وصفه الشرعي من حيث الوجوب والحرمة والندب والكراهة والإباحة. والثاني حكمه : بمعنى الأثر المترتب عليه، من حيث مدى دلالته على الإرادة في مجال العقود والتصرفات، وفي غير ذلك من المجالات التي تعتمد على الإرادة في تكوينها، وفي تحديد الآثار المترتبة عليها، أو التي يكون للإرادة دور فاعل فيها.

وستتناول حكم السكوت بهذين المعنيين من خلال الفصلين التاليين:

**الفصل الأول : حكم السكوت بمعنى وصفه الشرعي.**

**الفصل الثاني : حكم السكوت بمعنى الأثر المترتب عليه .**

## الفصل الأول

حكم السكوت بمعنى وصفه الشرعي

## الفصل الأول

### حكم السكوت بمعنى وصفه الشرعي

تمهيد وتقسيم :

نريد في هذا الفصل بيان الوصف الشرعي للسكوت، أى بيان حكمه التكليفي<sup>(١)</sup>، من حيث الوجوب والحرمة والندب والكراهة والإباحة . وذلك بوصفه — السكوت —

(١) الحكم التكليفي : هو أحد نوعي الحكم الشرعي، والحكم الشرعي عند الأصوليين هو : " خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاعتضاء أو التخيير أو الوضع " هذا هو التعريف الذى استقر عليه جمهور الأصوليين بوصفه مشتقاً على نوعي الحكم الشرعي كما يتضمن عناصر الحكم الشرعي من حاكم وهو الله سبحانه وتعالى، فهو مصدر الأحكام وهو المشرع، ومحكوم عليه وهو المكلف الذى تعلق به خطاب الشارع أى من توجه إليه الأحكام ويطلب بتنفيذها، ومحكوم فيه وهو موضوع الحكم الشرعي أى فعل المكلف الذى تعلق به الخطاب، ذلك لأن كل حكم شرعي لابد أن يكون متعلقاً بفعل من أفعال المكلفين على جهة تطلب — الاعتضاء — أو التخيير ، أى التسوية بين فعل الشئ وتركه من غير ترجيح لأحدهما على الآخر أو الوضع أى جعل الشئ سبباً لشئ آخر أو شرطاً فيه أو مانعاً منه أو صحيحاً أو فاسداً.

والحكم الشرعي بهذا المعنى نوعان عند الأصوليين :

الأول : الحكم التكليفي وهو " خطاب الله تعالى لمقتضى طلب الفعل من المكلف أو تركه أو التخيير بين الفعل والترك " ويسمى بالتكليفي ؛ لأن الخطاب فيه يتضمن كلفه ونوع مشقة على المكلف.

الثاني: هو الحكم الوضعي " وهو خطاب الله تعالى المتعلق بجعل الشئ سبباً لشئ أو شرطاً له أو مانعاً منه أو صحيحاً أو فاسداً " وسمى وضعياً لأن الشارع جعل الحكم الوضعي علامة لأحكام تكليفية وجوداً ولتقاء.

أما لحكم الشرعي عند الفقهاء فهو : " أثر خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاءً أو تخييراً أو وضعاً " . فالفقهاء فى تعريفهم للحكم الشرعي ينظرون إلى أثر الخطاب الشرعي ومناولاه، على خلاف التعريف الأصولي الذى يعرفه بناءً على مصدره وهو خطاب الشارع، فبينما الأصولي ينظر إلى مصدر الخطاب الشرعي فإن الفقيه ينظر إلى نتيجة هذا الخطاب وأثره الذى يترتب عليه وهو فعل المكلف وهذا يعنى أن الحكم الشرعي عند الفقهاء أمر حادث لأنه صفة يتصف بها فعل المكلف كالوجوب، والحرمة، والإباحة، والسببية، والمانعية، والشرطية . بخلاف الحكم عند الأصوليين فهو قديم. مثال على ذلك : إن الله تعالى فى الأزل التقديم حرم قتل النفس المعصومة إلا بحق يستوجب ذلك فهذا التحريم القديم هو خطاب الله تعالى أى كلامه النفسى الأزلي القديم، وهو الحكم عند الأصوليين فلما نزل قوله تعالى " ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق " الإسراء ٣٣. فإذا نظر المجتهد فى هذا المعنى المنزّل ففهم حرمة القتل، ووصفه بالحرمة كانت تلك الحرمة التى اتصف بها القتل هى الحكم عند الفقهاء، وفى قوله تعالى " وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة " البقرة ١١٠. خطاب من الله تعالى فيه طلب إقامة الصلاة وإيتاء الزكاة على سبيل الحتم والإلزام، وأثر هذا الخطاب هو وجوب الصلاة وجوب الزكاة وهذا الوجوب هو للحكم عند الفقهاء.

راجع فى تعريف للحكم الشرعي عند الأصوليين والفقهاء على سبيل المثال :

الأمدي — الإحكام فى أصول الأحكام — مؤسسة الحلبي وشركاه- سنة ١٩٦٧- الجزء الأول ص ٩٠  
الغزالي — تمهيدى — المطبعة الأميرية ببغداد — الطبعة الأولى سنة ١٣٢٢هـ - ج ١ ص ٥٥، عبت  
العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري — فولتح الرحمت بشرح مسلم الثبوت — مطبوع مع كتاب ==

فعلاً للمكلف <sup>(١)</sup> يتعلق به خطاب الشارع على جهة الطلب أو التخيير <sup>(٢)</sup>. مع ملاحظة أن السكوت في هذا الصدد ليس مقصوراً على عدم الكلام فحسب، وإنما بوصفه موقفاً سلبياً مجرداً، سواء أكان عن قول أم فعل.

وباستقراء أدلة الشرع نجد أن الأصل في السكوت أنه على الإباحة إلا أنه قد يكون مندوباً إليه، أو مكرهاً، أو محرماً، أو واجباً بحسب الأمر المسكوت عنه أي محل السكوت.

---

== المستصفي المشار إليه جـ ١ ص ٥٤، الشوكاني - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر - الطبعة الأولى سنة ١٩٣٧م ص ٦، العزيز بن عبد السلام - القواعد الصغرى المسمى القواعد فى مختصر القواعد - دار الجيل ببيروت - الطبعة الثانية سنة ١٩٧٤م ص ٩١، الغزالي - المنحول فى تعليقات الأصول - تحقيق محمد حسن هيتو بدون تاريخ هاشم ص ٢١، البديهي - شرح البديهي - دار الكتب العلمية ببيروت بدون تاريخ جـ ١ ص ٤١ للمبكي - الإيهام فى شرح المنهاج - مكتبة الكليات الأزهرية - الطبعة الأولى سنة ١٩٨١م جـ ١ ص ٤٣، القرافي - شرح تنقيح الفصول فى اختصار المحصول فى الأصول - مكتبة الكليات الأزهرية - الطبعة الأولى سنة ١٩٧٣ ص ٦٧، الرازي - المحصول فى علم أصول الفقه - دار الكتب العلمية ببيروت - الطبعة الأولى سنة ١٩٨٨م جـ ١ ص ١٥، عبد الوهاب خلاف - علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الإسلامى - دار القلم سنة ١٩٥٦ م ص ١٠٠، د/ عبد العزيز بن عبد الرحمن بن على الربيعي - المانع عند الأصوليين - مكتبة المعارف بالرياض - الطبعة الثانية سنة ١٩٨٧ م ص ١٥ د. بدران أبو العنين بدران - أصول الفقه - دار المعارف سنة ١٩٦٩م ص ٣٥٩، د. على جمعة محمد - الحكم الشرعي عند الأصوليين - دار الهداية سنة ١٩٩٣ ص ٤٣، د. رمضان على السيد للشرنباصي - أصول الفقه الإسلامى سنة ٢٠٠٠ ص ٢٥٧، د. فاضل عبد الواحد عبد الرحمن - أصول الفقه - دار المصيرة للتوزيع عمان - الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦م ص ٣٢.

(١) لا وجه للاعتراض بأن السكوت ليس فعلاً حتى يدخل ضمن أفعال المكلفين التى يتعلق بها خطاب الله تعالى، لأن أفعال المكلفين تشمل الأقوال والأفعال وكذلك الاعتقاد، وليس المراد بها ما يقابل القول، ومن ثم يدخل فى نطاق الحكم الشرعي، عمل القلب واللسان والجوارح فى جميع أفعال يتعلق بها خطاب الله تعالى - انظر فى ذلك - ابن أمير الحاج - للتقرير والتحبير - للمطبعة الكبرى الأميرية - الطبعة الأولى سنة ١٣١٦ هـ جـ ٢ ص ٧٧، عبد العلي الأنصاري - فواتح الرحموت - مرجع سابق جـ ١ ص ٥٤، د/ محمد سلام منكور - نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء - دار النهضة العربية الطبعة الثانية سنة ١٩٦٥ م ص ١٩، د/ محمد أبو النور زهير - أصول الفقه - المكتبة الأزهرية للتراث سنة ١٩٩٢ جـ ١ ص ٣٨، د/ أحمد فراج حسين - أصول الفقه الإسلامى - دار الهدى للطبوعات سنة ٢٠٠٠ ص ٣٢٩.

(٢) والمراد بالطلب أى إن خطاب الله يطلب من المكلف فعل شئ أو كفا عن شئ، سواء أكان هذا الطلب على جهة الجزم والحتم كما فى الإيجاب والتحريم أم لم يكن كذلك كما فى الندب والكراهة. أما التخيير فمعناه أن المكلف مخير بين فعل الشئ وتركه وهو ما يسمى بالإباحة : راجع ما سبق هامش ص ١.

وعلى ذلك سوف نقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية :

المبحث الأول : الأصل في السكوت.

المبحث الثاني: السكوت المندوب.

المبحث الثالث : السكوت المكروه.

المبحث الرابع: السكوت المحرم.

المبحث الخامس : السكوت الواجب.

## المبحث الأول

### الأصل في السكوت

الأصل<sup>(١)</sup> في صفة السكوت الشرعية أنه على الإباحة، أى إنه مباح<sup>(٢)</sup> بمعنى جائز وحلال.

وإباحة السكوت في الأصل تعني كذلك إباحة الكلام، وذلك بعد السكوت من الأفعال الجبلية - الطبيعية - كالقيام والقعود، والأكل والشرب فهذه الأشياء - كما يقول الإمام الأمدى - لا نزاع في أنها على الإباحة بالنسبة إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - وإلى أمته أيضاً<sup>(٣)</sup>.

(١) والأصل في اللغة ما يبنى عليه غيره سواء أكان البناء حسياً كبناء السقف على الجدران، أم معنوياً كبناء الحكم على دليله والمعلول على علته، وكناء الأحكام الجزئية على القاعدة الكلية وقيل أصل الشئ لغة: ما منه الشئ ومادته كالولد للولد والشجرة للغصن. أما في الاصطلاح: فهو يطلق على عدة معانٍ:

١- الدليل، يقال الأصل في المسألة الكتاب والسنة والإجماع أى دليلها.

٢- الراجح من الأقوال والآراء لأن الراجح منها يعد أصلاً بالنظر إلى غيره من الأقوال والآراء المرجوحة.

٣- المقيس عليه، يقال، الخمر أصل يقاس عليه النبيذ.

٤- القاعدة المستمرة، كقولهم: إباحة الميتة للمضطر على خلاف الأصل.

٥- المستصحب، يقال الأصل براءة الزمة فلا يطالب بالدليل على براءة نمته لأن سنده الاستصحاب. والمراد منه هنا هو المستصحب فالأصل في السكوت أنه مباح.

انظر في ذلك: الشوكاني - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق في علم الأصول - مرجع سابق ص ٣ للقرافي - نفائس الأصول في شرح المحصول - مرجع سابق ص ١٣، ابن القاسم العبادي - المشرح الكبير على اللورقات - مرجع سابق ص ١٦٢، البدخشي - شرح البدخشي - مرجع سابق ج ١ ص ١٨، د/ عبد الكريم زيدان - للوجيز في أصول الفقه - مرجع سابق ص ٨، د/ أحمد فراج حسين - أصول الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٨، د/ رمضان على السيد الشرنباصي - أصول الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٤.

(٢) الإباحة: المباح عند الأصوليين هو: ما خير للشارع المكلف فيه بين الفعل والترك من غير مدح ولا ذم لا على الفعل ولا على الترك. انظر الإمام الغزالي - المستصفى - مرجع سابق ج ١ ص ٦٦، للقرافي نفائس الأصول في شرح المحصول - تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، على محمد معوض - الطبعة الأولى سنة ١٩٩٥م ص ٢٣٧، للشوكاني - إرشاد الفحول - مرجع سابق ص ٦، الأمدى - الإحكام في أصول الأحكام - مرجع سابق ج ١ ص ١١٥، الشاطبي - الموافقات في أصول الشريعة - دار المعرفة بيروت - للطبعة الثانية سنة ١٩٩٦ ج ١ ص ٩٥، الباجي - الحدود في الأصول - دار الأفاق العربية - للطبعة الأولى سنة ٢٠٠٠ ص ٥٥.

(٣) راجع الأمدى - الإحكام في أصول الأحكام - مرجع سابق ج ١ ص ١٥٩، د/ محمد سلام منكور نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء - مرجع سابق ص ٧٨.



وقد دل على أن السكوت على الإباحة أمران :

الأول : استصحاب الحكم الأصلي للأشياء في الشرع وهو الإباحة، على معنى أن كل ما في الكون من حيوان ونبات وجماد، وما يجري في الحياة من عقود وتصرفات مباح شرعاً ومأثون فيه للمكلف، تتأولاً واستعمالاً وممارسة ، مادام لم يقم دليل على تحريمه أو المنع منه، على ما ذهب إليه جمهور الأصوليين<sup>(١)</sup>.

وهذا مبني على قاعدة أصولية معروفة هي أن الأشياء على الإباحة وهي قاعدة يرجع إليها في تقرير كثير من الأحكام، وهي ترد غالباً في موضوعات الحظر والإباحة<sup>(٢)</sup>.

الثاني : كما يستدل على أن الأصل إباحة السكوت بما روى عن ابن عباس - رضى الله عنهما - أنه قال : " بينما النبي - صلى الله عليه وسلم - يخطب إذا هو برجل قائم فسأل عنه فقالوا أبو إسرائيل نذر أن يقوم ولا يقعد ولا يستظل ولا يتكلم ويصوم، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - : مره فليتكلم وليستظل وليتصم صومه " <sup>(٣)</sup>.

وما روى أيضاً عن علي بن أبي طالب انه قال : " حفظت عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لا يتم بعد احتلام ، ولا صمات يوم إلى الليل " <sup>(٤)</sup>.

وايضاً بما ورد في البخاري عن أبي بكر - رضى الله عنه - انه دخل على امرأة من أحمرس يقال لها ريثب فرأها لا تتكلم، فقال : ما لها لا تتكلم؟ قالوا حجت مصمتة، قال لها : تكلمي ، فإن هذا لا يحل ، هذا من عمل الجاهلية فتكلمت<sup>(٥)</sup> ومصمته أي ساكنة.

---

(١) انظر د/ أحمد فراج حسين - أصول الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ١٨٢.

(٢) سبق أن ذكرنا أن هذه القاعدة وردت في كتب القواعد الفقهية بصيغ كثيرة منها " الأصل أن الأشياء على الإباحة حتى يثبت النهي " والأصل في الأشياء الإباحة حتى يصح المنع بوجه لا معارض له ودليل غير محتمل للتأويل " وأصل الأشياء الإباحة حتى يرد المنع " " والأشياء على الإباحة حتى يثبت الحظر والمنع " ، الأشياء أصلها الإباحة " إلى غير ذلك. انظر : د/ علي الندوي - القواعد الفقهية - دار القلم - الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٩ ص ١٢١ - ١٢٢.

(٣) ابن حجر : فتح الباري - مرجع سابق ج ١ ص ٦٩٧ ، كتاب الأيمان والنذور - حديث ٦٧٠٤.

(٤) أبو داود ، سنن أبي داود - مرجع سابق ج ٣ ص ١١٤ ، كتاب الوصايا.

(٥) ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق ج ٧ ص ١٨٤ - كتاب مناقب الأنصار - حديث رقم ٣٨٣٤.

وجه الدلالة من تلك الأحاديث أن العلماء استدلوا من ذلك على أن السكوت فى أصله مباح أى حلال وجائز، لأن الرسول - صلى الله عليه وسلم - عندما سأل حال الرجل الذى نذر أن يقوم ولا يقعد، ولا يستظل ولا يتكلم، ويصوم، قال للصحابه "مروه" ليقعد وليتكلم وذكر الإمام ابن حجر فى شرح الحديث. أن السكوت عن المباح ليس من طاعة الله تعالى. بدليل ما جاء فى حديث أبى داود: " لا يتم بعد احتلام ولا صمت يوم إلى الليل". وأيضا ما روى عن أبى بكر حيث قال للمرأة : تكلمى فإن هذا لا يحل، هذا من عمل الجاهلية.

فيفهم من كل ذلك أن السكوت فى أصله مباح ، ولا يصح للإنسان أن يحرم على نفسه ما كان مباحا، لذلك أمر الرسول - صلى الله عليه وسلم - الرجل أن يتكلم ويقعد ويستظل ويتم صومه. فأمره بإتمام الصوم دون غيره<sup>(١)</sup>. فالسكوت من جملة " المباحات من الأفعال والأقوال"<sup>(٢)</sup>.

وقد ذكر الإمام الشاطبى أيضا : أن كل من حرم على نفسه شيئا مما أحل الله له فليس ذلك التحريم بشئ، فليأكل إن كان مأكولا، وليشرب إن كان مشروبا، وليلبس إن كان ملبوسا، وليملك إن كان مملوكا. وكذلك سائر الأشياء من اللباس ، والمسكن والصمت، والاستغلال، والاستضعاء ، كل هذه مباحات، واستدل لذلك أيضا بحديث الناذر للصوم قائما فى الشمس ساكتا، فإنه تحريم للجلوس والكلام والاستغلال، والنبى - صلى الله عليه وسلم - أمره بالجلوس والتكلم، والاستغلال. قال مالك : أمره ليتم ما كان له فيه طاعة، ويترك ما كان عليه فيه معصية..

فتأملوا كيف جعل مالك ترك الحلال معصية.. فترك الكلام وإن كان مشروعاً فى الشرائع الأولى فهو منسوخ بهذه الشريعة<sup>(٣)</sup>. ويستدل بما قاله الإمام الشاطبى على أن السكوت فى أصله حلال أى مباح ، كما أن الكلام مباح.

(١) انظر فى شرح الحديثين والأثر - ابن حجر - فتح البارى - مرجع سابق جـ ٧ ص ١٨٥. كتاب مناقب الأنصار جـ ١١ ص ٦٩٧ - كتاب الأيمان والنذور وذكر ابن حجر أيضا: أن العلماء استدلوا من ذلك على أن من حلف ألا يتكلم استحب له أن يتكلم ولا كفارة عليه. لأن أبى بكر لم يأمرها بالكفارة وقياسه أن من نذر أن لا يتكلم لم ينعقد نذره لأن أبى بكر أطلق ذلك، لا يحل وأنه من فعل الجاهلية وأن الإسلام هم ذلك. فنظر ابن حجر - ذات الموضوع المشار إليه سابقاً فى صدر هذا الكلام.

(٢) انظر: د/ عبد الكريم زيدان - الوجيز فى أصول الفقه - مرجع سابق - ص ٤٨.

(٣) انظر الإمام الشاطبى - الاعتصام - تحقيق هانى الحاج - المكتبة التوفيقية - الحسين القاهرة : طبعة حذينة بدون تاريخ ص ٣١٤ ص ٣١٥، ص ٢٩٦ فى فصل فى تحريم ما أحله الله - فى معرض ==

وهكذا يتضح لنا أن السكوت فى أصله من الأمور المباحة للإنسان، له أن يفعله أو لا يفعله؛ لأن هذا مقتضى الإباحة التى هى التخيير بين الفعل والتترك من غير مدح ولا تكم لا على الفعل ولا على التترك. إلا أن يكون السكوت فى مواضع حظره أو وجوبه أو ندبه فينتقل حكمه فى الإباحة إلى غيرها بحسب النص. ولئن كان السكوت فى أصله مباحا — كما بينا — بوصفه من جملة المباحات استصحابا للإباحة الأصلية للأشياء — لما سقناه من أدلة لذلك — فإنه قد يثاب عليه بالنية والقصد<sup>(١)</sup>.

وعلى ذلك : يكون السكوت مستحبا ومنذوبا يثاب عليه الإنسان إذا كان بغرض اتباع سنة النبى — صلى الله عليه وسلم — فى ذلك من خلال الأحاديث التى تبين فضل السكوت وترغب فيه. على نحو ما سنبينه فى الموضع التالى من البحث.

---

==استدلّاه بقوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين " سورة المائدة / ٨٧. وانظر فى هذا المعنى — للقرطبى — الجامع لأحكام القرآن — مرجع سابق — المجلد السادس ص ٢٥.

(١) وذلك كمن يمارس أنواع الرياضة البدنية بنية تقوية جسمه ليتقوى على طاعة الله أو على محاربة الأعداء، وعلى الواجبات عامة، انظر د/ عبد الكريم زيدان — الوجيز فى أصول الفقه — مرجع سابق — ص ٤٨، د/ رمضان على السيد الشرنباوى — أصول الفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ٢٧٥.

## المبحث الثانى

### السكوت المندوب

إذا كان السكوت فى أصله - كما بينا - على الإباحة ، فإنه قد يكون مندوبا بحيث يمدح فاعله ويثاب، ولكن لا يذم تاركه ولا يعاقب، وإن كان يمكن أن يلحقه اللوم والعتاب على ترك بعض أنواع المندوب، وهو الذى واطب عليه النبى - صلى الله عليه وسلم - ولم يتركه إلا نادرا وهو ما يعرف بالسنة المؤكدة<sup>(١)</sup>.

وبالنظر إلى هدى النبى - صلى الله عليه وسلم - فى ذلك نجد أن الإمام ابن القيم يقول : " .. كان صلى الله عليه وسلم طويل السكوت لا يتكلم فى غير حاجة، يفتح الكلام ويختتمه باسم الله تعالى، ويتكلم بجوامع الكلم كلامه فصل لا فضول، ولا تقصير وكان لا يتكلم فيما لا يعنيه ، ولا يتكلم إلا فيما يرجو ثوابه"<sup>(٢)</sup>.

وعلى ذلك فإن السكوت يكون مندوبا مستحبا إذا كان يقصد به التأسى بالنبى - صلى الله عليه وسلم - امتثالا لقوله تعالى " لقد كان لكم فى رسول الله أسوة حسنة"<sup>(٣)</sup>. بالإضافة إلى ورود كثير من الأحاديث النبوية التى تدل على فضل السكوت وتحت عليه والتى نكرها العلماء فى باب حفظ اللسان وفى فضل الصمت وقلة الكلام<sup>(٤)</sup>.

---

(١) قد سبق أن بينا أن المندوب فى اللغة هو المدعو إليه، وفى الاصطلاح: هو ما طلب للشارع فعله من غير إلزام. وعلمنا أيضا أن المندوب يسمى السنة، والنافلة، والمستحب، والتطوع والإحسان والفضيلة، وكلها ألفاظ متقاربة المعنى تشير إلى معنى المندوب وهو كونه راجح الفعل من غير إلزام، وأن المندوب على مراتب أعلاها للسنة المؤكدة ثم السنة غير المؤكدة، وهى التى لم يداوم عليها النبى - صلى الله عليه وسلم - ثم بعد ذلك ما يسمى بالفضيلة والأدب وسنة الزوائد وهو يعد من الكماليات.

راجع د/ عبد الكريم زيدان - الوجيز فى أصول الفقه - مرجع سابق - ص ٣٩ ، د/ أحمد فرج حسين - أصول فقه الإسلامى - مرجع سابق - ص ٣٤٩ ، ص ٣٥٠. وراجع أيضا ما سبق فى أقسام الحكم التكليفى.

(٢) الإمام ابن القيم - زاد المعاد فى هدى خير العباد - دار الفكر - طبعة جديدة - بدون تاريخ - الجزء الأول ص ٤٦، محمد أحمد اسماعيل المقدم - حرمة أهل العلم - دار الإيمان - الإسكندرية الطبعة الثانية - سنة ٢٠٠١ ص ٤٧.

عن عائشة رضى الله عنها - قلت كان كلام رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كلاما مفصلا يفهمه كل من سمعه - أبو داود - سنن أبى داود - ج٤ - ص ٢٦٢.

(٣) سورة الأحزاب، آية [٢١].

(٤) والمقصود، حفظ اللسان عن التلطق بما لا يسوغ مما لا حاجة للمتكلم به - انظر ابن حجر - فتح البارى - مرجع سابق - ج ١١ ص ٣٦٠ - باب حفظ اللسان.

فقد ورد في فضل الصمت عدة أحاديث منها:

ما روى أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : " من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيرا أو ليصمت، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه " (١).

وقد ذكر الإمام ابن حجر في شرح الحديث أن هذا من جوامع كلمه - صلى الله عليه وسلم - لأن القول كله إما خير ، وإما شر، وإما آيل إلى أحدهما. فدخل في الخير كل مطلوب من الأقوال فرضها وندبها، فأذن فيه على اختلاف أنواعه ودخل فيه ما يؤول إليه وما عدا ذلك مما هو شر. أو يتول إليه فأمر فيه بالصمت وهذا يعني أن الصمت عن الكلام الذي يتول إلى الشر مستحب ومندوب.

قال النووي: في هذا الحديث حث على حفظ اللسان فينبغي لمن أراد أن ينطق أن يتدبر ما يقول قبل أن ينطق فإن ظهرت فيه مصلحة تكلم وإلا أمسك (٢).

ومنه قوله - صلى الله عليه وسلم - " المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده" (٣) وقوله - صلى الله عليه وسلم - " من دفع غضبه دفع الله عنه ذنوبه ومن حفظ لسانه ستر الله عورته" (٤).

وقوله - صلى الله عليه وسلم - " طوبى لمن ملك لسانه ووسع به بيته وبكى على خطيئته" (٥). وقوله - صلى الله عليه وسلم - عندما سئل " يا رسول الله ما النجاة قال : أمسك عليك لسانك وليسعك بيتك وابك على خطيئتك" (٦) وقوله - صلى الله عليه وسلم " أحب الأعمال إلى الله حفظ اللسان" (٧). وقوله - صلى الله عليه وسلم - " من صمت

---

(١) مسلم - صحيح مسلم - مرجع سابق جـ ١ ص ٦٨. كتاب الإيمان ، ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق - جـ ١٠ ص ٥٣٧ - كتاب الألب وقد سبق ذكر الحديث برواياته المختلفة، الترمذى - الجامع الصحيح - مرجع سابق جـ ٢ ص ٦٥٩.

(٢) ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق جـ ١٠ ص ٥٣٨، كتاب الألب ، جـ ١١ ص ٣٦٤ كتاب الرقاق لنفس المؤلف.

(٣) مسلم - صحيح مسلم - مرجع سابق - جـ ١ ص ٦٥ كتاب الإيمان، الترمذى - الجامع الصحيح (سنن الترمذى) - جـ ٤ ص ٦٦١ كتاب صفة القيامة.

(٤) الطبرانى - المعجم الأوسط - مرجع سابق - جـ ٢ ص ١٨٩.

(٥) الطبرانى - المعجم - مرجع سابق جـ ٣ ص ١٧٧.

(٦) الترمذى - الجامع الصحيح ( سنن الترمذى ) مرجع سبق جـ ٤ ص ٦٠٥ كتاب الزهد - ورواه ابن أبي الدنيا في كتاب الصمت وحفظ اللسان تحقيق دكتور/ محمد أحمد عاشور - دار الاعتصام - الطبعة الثانية سنة ١٩٨٨ ص ٣٥.

(٧) ذكره ابن حجر في باب حفظ اللسان جـ ١١ ص ٣٦.

## نجا<sup>(١)</sup>.

إلى غير ذلك من الأحاديث الكثيرة<sup>(٢)</sup> التي جاءت في فضل الصمت ومدحه وحسنه، ذلك لأن فيه كما رأينا في الأحاديث السابقة النجاة، وبه يكمل إيمان المرء وأنه من أحب الأعمال إلى الله تعالى كما أنه أيسر العبادة وأهونها على البدن<sup>(٣)</sup> كما أن في السكوت أيضا ستر للعورات والعيوب<sup>(٤)</sup> والسلامة منها<sup>(٥)</sup> كل هذه الآثار الحميدة للسكوت تجعله أمرا مستحبا ومندوبا في نظر الشارع.

(١) الترمذى - الجامع الصحيح (سنن الترمذى) مرجع سابق ج٤؛ ص ٦٦٠ كتاب صفة القيامة، الطبراني - المعجم الأوسط - مرجع سبق ج٢ ص ٥٥٦.

(٢) للمزيد من التعرف على الأحاديث النبوية في فضل الصمت وحفظ اللسان انظر: ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق ج١٠ ص ٥٣٨، كتاب الأدب ج١١ ص ٣٦١ - كتاب الرقاق باب حفظ اللسان الترمذى - الجامع الصحيح (سنن الترمذى) - مرجع سابق ج٤ ص ٦٠٥ وما بعدها كتاب الزهد باب حفظ اللسان، الصنعاني - سبل السلام - مرجع سابق - ج٤ ص ١٥٦٤ - في فضل الصمت وحفظ اللسان، ابن أبي الدنيا - الصمت وحفظ اللسان - تحقيق الدكتور / محمد أحمد عاشور - دار الاعتصام - الطبعة الثانية سنة ١٩٨٨ ص ٣٥ وما بعدها، الإمام الغزالي - إحياء علوم الدين - مطبعة مصر - طبعة جديدة - بدون تاريخ - ج٢ ص ١٣٤ وما بعدها، محمد أحمد إسماعيل المقدم - حرمة أهل العلم - مرجع سابق ص ٤٥.

(٣) ورد في كتاب الصمت لابن أبي الدنيا أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: " ألا أخبركم بأيسر العبادة وأهونها على البدن ؟ الصمت وحسن الخلق " ابن أبي الدنيا - الصمت وحفظ اللسان - مرجع سابق ص ٤٣ - وأخرجه الغزالي في كتاب إحياء علوم الدين - دار مصر للطباعة - طبعة جديدة - بدون تاريخ - ج٢ ص ١٣٦.

(٤) من فضائل الصمت أنه يستر العيوب وقد اجتمع قس بن ساعده ، وأكثم بن صيفي . فقال أحدهما لصاحبه " كم وجدت في ابن آدم من العيوب ؟ " فقال " هي أكثر من أن تحصى والذي أحصيته ثمانية آلاف عيب ووجدت خصلة إن استعملها سترت العيوب كلها " قال : "وما هي ؟" ، قال " حفظ اللسان " انظر: محمد أحمد إسماعيل المقدم - حرمة أهل العلم - مرجع سابق ص ٥٠.

(٥) ورد أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : " من سره أن يسلم فليزلم الصمت " أخرجه ابن أبي الدنيا في كتاب الصمت وحفظ اللسان - ص ٣٩ الغزالي - إحياء علوم الدين - مرجع سابق ج٢ ص ١٣٥ . كما ورد أيضا أنه - صلى الله عليه وسلم - قال " رحم الله عبدا تكلم فغتم أو سكت فسلم " ابن أبي الدنيا الصمت وحفظ اللسان - مرجع سابق ص ٤٨ ، الغزالي - إحياء علوم الدين - مرجع سابق - ج٢ ص ١٣٦ . وورد أيضا عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: " باللسان قل خيرا تغتم أو اسكت عن شر تسلم " أخرجه ابن أبي الدنيا في كتاب الصمت - المرجع السابق - ص ٤٩ وذكر أن هذا القول نسب إلى عبد الله بن مسعود - كما جاء في إحياء علوم الدين - للغزالي ج٢ ص ١٣٦ ، كما ورد أيضا - عن أبي بكر بن عياش قال: أننى نفع للسكوت السلامة وكفى به عافية وأدنى ضرر للنطق الشهرة وكفى بها بلية - انظر محمد أحمد إسماعيل المقدم - حرمة أهل العلم - مرجع سابق ص ٤٩ . والمراد بالسلامة هنا: هي البراءة من العيوب وهي من الكلمات للجوامع فإن من سلم نجا فهي قريبة من العافية ولذا ==

وبناء على ذلك فهناك صور أو حالات للسكوت المندوب، منها تلك المستفادة من قوله تعالى " لا يحب الله الجهر بالسوء من القول إلا من ظلم وكان الله سميعا عليما" (١). فالآية الكريمة نصت على بغض صورة من صور الكلام وكراحتها ( فنفى الحب كناية عن البغض، وهى صورة الجهر بالسوء من القول، فالله تعالى لا يحب الفحش من القول والإيذاء باللسان. أى إن الله لا يحب إظهار الفضائح والقبائح إلا فى حق من عظم ضرره وكثر مكره وكيده فهذا يجوز إظهار فضائحه.

وإذا كان الجهر بالسوء من القول — على النحو المبين بالآية ، وتبعاً لأقوال المفسرين فى ذلك — من الأمور البغيضة الكريهة فإن السكوت عن ذلك يكون مستحباً ومندوباً، بدليل ما ذكره الإمام القرطبي: أنه يجوز لمن ظلم أن يدعو على من ظلمه إلا أن الصبر وعدم الدعاء عليه خير وأفضل " (٢).

صورة أخرى من صور السكوت المستحب مستفادة من قول الرسول - صلى الله عليه وسلم - "من جاع واحتاج، فكتمه الناس وأفضى به إلى الله عز وجل كان حقاً على الله عز وجل أن يفتح له رزقاً حسناً من حلال" (٣).

فتلك حالة من حالات السكوت مدحها الرسول - صلى الله عليه وسلم - ووعد من يلتزم بها بأن يفتح الله عز وجل له رزقاً حلالاً من حلال. وهى السكوت عن البوح

== تكون دعوة الرسل عند مرور الناس على الصراط \* اللهم سلم سلم \*. وكان بعض السلف يدعو فى الفتنة \* اللهم سلمنا وسلم منا \* وقال الشاعر:

وقائلة لى مالى أراك مجنبا  
قلت لها كفى ملامك واسمعى  
أمورا وفيها للتجارة مريح  
فنحن أناس بالسلامة نفرح

انظر : محمد أحمد إسماعيل — حرمة أهل العلم — مرجع سابق — ص ٥٣.

(١) سورة النساء/ ١٤٨.

(٢) راجع ما سبق فى تفسير الآية الكريمة — الرازى — التفسير الكبير — مرجع سابق ج ١١ ص ٨٩ وما بعدها، الشوكاني — فتح القدير — مرجع سابق — ج ١ ص ٥٣٠، القرطبي الجامع لأحكام القرآن — مرجع سابق — المجلد الثالث ص ٣٦٥، وما بعدها، محمد على الصابوني — صفوة التفاسير — مرجع سابق ج ٦ ص ٢٩٩. وقد ورد أن الآية الكريمة نزلت فى رجل ضاف رجلاً بفلاة من الأرض فلم يصفه ثم ذكر أنه لم يصفه، وقيل نزلت فى أبى بكر — رضى الله عنه — فإن رجلاً شتمه فسكت مراراً ثم رد عليه، فقام النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال أبو بكر شتمنى وأنت جالس. فلما رددت عليه قمت: قال: إن ملكاً كان يجيب عنك فلما رددت عليه ذهب ذلك الملك وجاء الشيطان، فلم أجلس عند مجيئ الشيطان فنزلت هذه الآية. انظر المراجع السابقة فى المواضع المشار إليها .

(٣) الطبراني — المعجم الأوسط — مرجع سابق — ج ٣ ص ١٨٤.

بجوعه وحاجته إلى الناس، والإقضاء بها إلى الله عز وجل وحده. ومنها أيضا : كثرة الكلام والسؤال عما لا حاجة للسائل به؛ لأنها تتول إلى الخطأ والذلل وذلك مأخوذ من قوله - صلى الله عليه وسلم - " إن الله كره لكم ثلاثا: قيل وقال، وإضاعة المال وكثرة السؤال" <sup>(١)</sup> فهذه إشارة إلى أن السكوت عن مثل ذلك مستحب.

والمراد بالسكوت المندوب والمستحب - كما ذكر الإمام الصنعاني - هو السكوت عن فضول الكلام، وهو الكلام الذي لا حاجة للمتكلم به، أو الكلام فيما لا يعنى المتكلم، وغير ذلك من سائر حالات الكلام الذي يفضى إلى الشر، فذلك مذموم وتركه محمود. بل إنه دليل على حسن إسلام المرء. يقول الرسول - صلى الله عليه وسلم - " من حسن إسلام المرء تركه ما لا يعنيه" <sup>(٢)</sup>. جاء في شرح الحديث أن المقصود ترك الفضول كله على اختلاف أنواعه من قول أو فعل <sup>(٣)</sup>.

وهذا يعنى أن سكوت الإنسان عن التكلم فيما لا يعنيه مستحب ومندوب <sup>(٤)</sup>.

وبعد: فقد عرضنا - فيما سبق - لبعض صور السكوت المستحب أو المندوب

- 
- (١) ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق - ج ٣ ص ٤١٧. كتاب الزكاة، ج ١٠ ص ٤٧٩ كتاب الأنب.  
(٢) الإمام مالك - الموطأ - مرجع سابق ص ٩٠٣ كتاب حسن الخلق، الترمذى - الجامع الصحيح (سنن الترمذى) مرجع سابق، ج ٤ ص ٥٥٨ كتاب الزهد.  
(٣) الزرقانى - شرح الزرقانى على موطأ الإمام مالك - مرجع سابق، ج ٤ ص ٢٥٣، ابن أبى الدنيا - الصمت وحفظ اللسان - مرجع سابق ص ٧٣.

(٤) يقول الإمام الغزالي فى هذا الصدد: وحد الكلام فيما لا يعينك أن تتكلم بكلام لو سكت عنه لم تأثم، ولم تستضر به فى حال ولا مال. مثاله أن تجلس مع قوم فتذكرهم أسفاركم، وما رأيت فيها من جبال وأنهار وما وقع لك من الوقائع، فهذه أمور لو سكت عنها لم تأثم ولم تستضره، ويقول أيضا " واعلم أن فضول الكلام لا ينحصر بل المهم محصور فى كتاب الله تعالى حيث قال لا خير فى كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس" سورة النساء/ ١١٤. وقال - صلى الله عليه وسلم - " طوبى لمن أمسك الفضل من لسانه وأنفق الفضل من ماله" فانظر كيف قلب الناس الأمر فى ذلك فأمسكوا فضل المال وأطلقوا فضل اللسان، وقال ابن مسعود " أنزركم فضول كلامكم، حسب امرئ من الكلام ما بلغ به حاجته" انظر الإمام الغزالي - إحياء علوم الدين - مرجع سابق - ج ٢ ص ١٤٠ وما بعدها. وفى ذلك أيضا ما روى أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال إن من أحبك إلى وأقربكم منى مجلسا يوم القيامة أحاسنكم أخلاقا، وإن أبغضكم إلى وأبعدكم منى مجلسا يوم القيامة الثرثارون والمتشدقون والمتفهبون. قالوا: يا رسول الله، قد علمنا الثرثارون والمتشدقون، فما المتفهبون؟ قال: المتكبرون". الترمذى - الجامع الصحيح (سنن الترمذى) - مرجع سابق - ج ٤ ص ٣٧٠ كتاب البر والصلة.

فالحديث الشريف يدل على بغض الثرثار كثير الكلام فيما لا يعنى، وبذلك يكون السكوت عن ذلك مستحبا حيث يقرب العبد من محبة الرسول - صلى الله عليه وسلم - وينتبه من مجلسه يوم القيامة.



الذى يكون ترك الكلام فيه خيرا، بحيث يثاب المرء على تركه ويمدح ولكن لا يذم على تركه — أى السكوت — وإن كان يمكن أن يلحقه اللوم والعتاب على تركه إذا ثبت أنه كان من السنن المؤكدة أى التى واطب عليها النبى - صلى الله عليه وسلم - وطبقا لما رأينا - من خلال عرضنا السابق - نرى أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - كان يترك فضل الكلام، وكان طويل السكوت لا يتكلم فى غير حاجة. وبذا يكون السكوت عن ذلك أمرا مستحبا.

ولذلك كان السكوت عن الكلام فيما لا يعنى أو السكوت عن فضول الكلام سنة النبى - صلى الله عليه وسلم - وكان على ذلك أيضا السلف الصالح<sup>(١)</sup>، كما مدحه الشعراء والعقلاء<sup>(٢)</sup>.

وبذلك يكون السكوت مستحبا حين يكون سكوتا عن مكروه، سواء أكان ذلك عن قول أم فعل.

(١) يقول الإمام النووى - رحمه الله تعالى -: "أما... - ينبغى لكل مكلف أن يحفظ لسانه عن جميع الكلام إلا كلاما ظهرت فيه المصلحة، ومتى استوى الكلام وتركه فى المصلحة، فالسنة الإمساك عنه، لأنه قد ينجر الكلام المباح إلى حرام أو مكروه، وذلك كثير فى العادة، والسلامة لا يعد لها شئ". انظر: محمد أحمد إسماعيل المقدم - حرمة أهل العلم - مرجع سابق - ص ٥٣.

(٢) انظر: الصنعانى - سبل السلام - مرجع سابق - ج ٤ ص ١٥٦٤ فضل الصمت وقلة الكلام - وأنشد أحدهم فى فضل السكوت قائلا:

|                           |                        |
|---------------------------|------------------------|
| إستتراعى ما استطعت بصمت   | إن فى الصمت راحة للصوت |
| واجعل الصمت إن عييت جوابا | رب قول جوابة فى السكوت |

وقل آخر:

|                           |                               |
|---------------------------|-------------------------------|
| عجبت لإزراء العيى بنفسه   | وصمت الذى قد كان بالقول أعلما |
| وفى الصمت ستر للعيى وإنما | صحيفة لب المرء أن يتكلم       |

انظر ابن أبى الدنيا - الصمت وحفظ اللسان - مرجع سابق ص ٣٠٢، محمد أحمد إسماعيل المقدم - حرمة أهل العلم - مرجع سابق ص ٥١، وفى هذا الصدد أيضا يقول الإمام المالكى أحمد الدردير "...ينبغى للعاقل أن يتجافى عن دار الغرور بترك الشهوات، ويقتصر على الضروريات، تاركا لفضول المباحات خصوصا فيما يتعلق باللسان والبطن" انظر الدردير - الشرح الصغير - الهيئة العامة لشئون المطبع الأميرية سنة ١٩٩٢ ج ٤ ص ٣٠٥.

## المبحث الثالث

### السكوت المكروه

بيننا فيما سبق أن الأصل في السكوت أنه على الإباحة إلا أنه قد يكون مطلوباً فعله على جهة التنبه والاستحباب، بحيث يثاب المرء عليه ، وهنا نبين أن السكوت يكون في بعض حالاته مكروهاً يمدح تاركه ويثاب إذا قصد بتركه التقرب إلى الله وابتغاء رضوانه.

والمكروه هو ما طلب الشارع الكف عنه طلباً غير جازم، أو ما كان تركه خيراً من فعله<sup>(١)</sup>.

والمكروه بهذا المعنى يقابل المندوب، فإذا كان المندوب ترجيح جانب الفعل على الترك، فإن المكروه ترجيح جانب الترك على الفعل من غير إلزام؛ لذلك قيل: إن كل ما دل الدليل على أنه مندوب فتركه مكروه<sup>(٢)</sup>. ولذلك عرف بعض العلماء المكروه بأنه: هو ترك المندوب<sup>(٣)</sup>.

وبناء على ما سبق: فإن السكوت يكون مكروهاً إذا كان الكلام مندوباً. فإذا ثبت أن الكلام مندوب في حالات معينة فإن السكوت عنه في هذه الحالات يكون مكروهاً وعندئذ يستحب للمرء أن يتكلم، أو يبين على أساس أن المكروه يمدح تاركه ويثاب إذا

---

(١) المكروه في اللغة هو البغيض إلى النفوس ، وفي اصطلاح الأصوليين هو: "ما نهى الشارع عنه نهياً غير جزم ، أو ما كان تركه خيراً من فعله".

والمكروه عند الجمهور قسم واحد. وهو ما ذكرناه، أما الحنفية فإنهم يقسمون المكروه إلى قسمين: مكروه تحريماً، وهو ما طلب الشارع الكف عنه حتماً بدليل ظني، وهذا يعاقب فاعله، ويكفر جاحده ومكروه تنزيهاً، وهو ما كان طلب الشارع للكف عنه غير حتم ولا لازم، وهو نفسه المكروه عند الجمهور في حقيقته وفي حكمه. انظر في تعريف المكروه وأقسامه، الإمام الغزالي - المنحول من تعليقات الأصول - مرجع سابق ص ١٣٦، الشوكاني - إرشاد الفحول - مرجع سابق ص ٦، د/ حسين حامد حلي - أصول الفقه - دار النهضة العربية سنة ١٩٧١ ص ٧٠ ولسيادته أيضاً: الحكم الشرعي عند الأصوليين. دار النهضة العربية . الطبعة الأولى سنة ١٩٧٢ ص ٥٧، محمد أبو زهرة - أصول الفقه - دار الفكر العربي سنة ١٩٧٣ ص ٤٥، د/ عبد الكريم زيدان - الوجيز في أصول الفقه مؤسسة الرسالة - الطبعة الثانية سنة ١٩٨٧ ص ٤٠، د/ أحمد فراج حسين - أصول الفقه الإسلامي مرجع سابق ص ٣٥٦.

(٢) انظر/د/ علي حسب الله - أصول التشريع الإسلامي - دار المتقف العربي الطبعة السادسة سنة ١٩٨٢ ص ٢٨٩، وفي نفس المعنى - الجرجاني - التعريفات - مرجع سابق ص ٢٩٣.

(٣) الغزالي - المنحول من تعليقات الأصول - مرجع سابق - ص ١٣٦.

قصد بتركه التقرب إلى الله تعالى. فتارك السكوت هنا — بالكلام أو البيان مطلقا — يمدح ويثاب إذا تكلم في المواطن التي يستحب فيها الكلام؛ لأنه يكره فيها السكوت.

وتطبيقا لذلك: يكون السكوت مكروها في مثل الحالات الآتية:

أولا: السكوت عن النهي عن المنكرات المكروهة، فالنهي عن المنكر في أصله واجب كالأمر بالمعروف، والسكوت عنه محرم، أما النهي عن المنكرات المكروهة فهو مستحب، والسكوت عنه مكروه.

وفي هذا الصدد يقول الإمام الغزالي: " اعلم أن المنكرات تنقسم إلى مكروهة وإلى محظورة، فإذا قلنا: هذا منكر مكروه، فاعلم أن المنع منه مستحب والسكوت عليه مكروه<sup>(١)</sup>، وليس بحرام إلا إذا لم يعلم الفاعل أنه مكروه فيجب ذكره له.. وإذا قلنا منكر محظور، أو قلنا منكر مطلقا، فنريد به المحظور، ويكون السكوت عليه مع القدرة محظورا<sup>(٢)</sup>.

وقد ساق الإمام الغزالي بعض الأمثلة على تلك المنكرات المكروهة منها سراسل المؤذنين في الأذان وتطويلهم بمد كلماته، ومنها أيضا، تكثير الأذان مرة بعد أخرى بد طلوع الفجر في مسجد واحد في أوقات متقاربة، إما من واحد أو جماعة فإنه لا فائدة فيه، إذ لم يبق في المسجد ناس. ولم يكن الصوت بما يخرج عن المسجد حتى يئنه غيره، فكل ذلك من المكروهات المخالفة لسنة الصحابة والسلف<sup>(٣)</sup>.

وعلى هذا: فالنهي عن المنكر — غير المحرم — في حالة المنكرات المكروهة يكون السكوت عنه مكروها، إذ يستحب النهي عنها.

ثانيا: وترتبا على ما تقدم من أن السكوت يقصد به الموقف السلبي مطلقا، أي عدم اتخاذ مسلك إيجابي من قول أو فعل، يكون السكوت عن كتابة الدين مكروها، بناء على أن كتابة الدين — وفقا للراجح من أقوال الفقهاء — مندوبة.

---

(١) يلاحظ أن بعض العلماء — يرون أن النهي عن المنكر كله واجب ولا يفرقون بين منكر مكروه وآخر محظور وهم الشيعة الإمامية، انظر الحلبي — المختصر النافع في فقه الإمامية — دار الكتاب العربي بنون تاريخ ص ١١٥.

(٢) الإمام الغزالي — إحياء علوم الدين — مرجع سابق ج ٣ ص ٤١٦.

(٣) الإمام الغزالي — إحياء علوم الدين — مرجع سابق ج ٣ ص ٤١٧.

فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الأمر بكتابة الدين الوارد في قوله تعالى :  
"يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه"<sup>(١)</sup> محمول على النَّدب  
والإرشاد إلى ما فيه الصلاح والنفع والبعد عن النزاع، والمخاصمة، فالأمر بالكتب نَدب  
إلى حفظ الأموال وإزالة الريب<sup>(٢)</sup>.

وقد استدل الجمهور على أن الأمر في الآية للنَّدب وليس للوجوب بقوله تعالى:  
"فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي أوتى من أمانته"<sup>(٣)</sup> فإنه يدل على أن الكتابة غير  
مطلوبة إذا توافرت الأمانة والثقة بين المتعاقدين فيكون الأمر بالكتابة في الآية الأولى  
للنَّدب والإرشاد وليس للوجوب لعدم الإلزام بها. هذا بالإضافة إلى أن لصاحب الدين  
الحق في أن يتنازل عنه ويسقطه، فله من باب أولى أن يترك توثيقه بالكتابة، وقد درج  
الناس قديما وحديثا على عدم الاهتمام بالكتابة مادامت الثقة متبادلة بين المتعاقدين ولم  
ينكر الفقهاء عليهم ذلك، ولو كانت الكتابة واجبة لما تركوا النكير على تركها مع  
علمهم، وذلك دليل النَّدب<sup>(٤)</sup>.

وإذا كان الأمر بكتابة الدين — على ما تقدم — أمرا على جهة النَّدب والاستحباب  
فيكون السكوت عنه — بعدم الكتابة — مكروها.

تجدر الإشارة إلى أن بعض العلماء يرون أن الأمر بكتابة الدين للوجوب وليس  
للنَّدب، وأن كتابة الدين واجبة على المتعاقدين في بيع أو قرض لئلا يقع في نسيان أو  
جحود، فإذا كان القرض إلى أجل ففرض عليهما أن يكتباه، وأن يشهدا عليه، ويستدل  
هؤلاء بالآية الكريمة التي استدل بها الجمهور، وفي هذا يقول الإمام ابن حزم: ليس في  
أمر الله إلا الطاعة، ومن قال إنه نَدب فقد قال الباطل، ولا يجوز أن يقول الله تعالى  
"فاكتبوه"، ويقول قائل: لا أكتب إن شئت ولا يجوز نقل أوامر الله تعالى عن الوجوب  
إلى النَّدب إلا بنص آخر أو بضرورة<sup>(٥)</sup>. وهذا هو رأي الظاهرية، وهو اختيار

(١) سورة البقرة ، آية [ ٢٨٢ ].

(٢) انظر: القرطبي — الجامع لأحكام القرآن — مرجع سابق — المجلد الثاني ص ٣٤٧، ابن كثير — تفسير  
القرآن العظيم — مرجع سابق — المجلد الأول ص ٣٣٥، وانظر كذلك: د/ كمال جوده أبو المعاطي  
توثيق الدين بالكتابة والشهادة — دار الهدى للطباعة سنة ١٩٨٨ ص ١٩.

(٣) سورة البقرة ، آية [ ٢٨٢ ].

(٤) انظر د/ كمال جوده أبو المعاطي — توثيق الدين بالكتابة والشهادة — مرجع سابق — ص ٢٠.

(٥) انظر: ابن حزم — المحلى — منشورات المكتب التجارى للطباعة والنشر والتوزيع بيروت ج ٨ ص ٨٠.

الطبرى، وقال ابن جريج: من أدان فليكتب، ومن باع فليشهد<sup>(١)</sup>.

ويبدو لى فى هذه المسألة، أن اختلاف الزمان والأحوال، وفساد الذمم وضعف  
الوازع الدينى لدى كثير من الناس يمكن أن يقودنا إلى ترجيح رأى الظاهرية ومن  
وافقهم، الذين يرون أن الأمر بكتابة الدين هو أمر للوجوب وليس للإرشاد والندب فقط.

وذلك لأننا رأينا أن الجمهور قد استدلوا على أن الأمر للندب بقوله تعالى "فإن  
أمن بعضكم..." أى إن توافر الأمانة والثقة بين المتعاقدين معول عليه فى جعل الأمر  
للندب. ومن ثم فإذا تغيرت الأحوال، وتجرأ الناس على أكل الحقوق وإنكارها، ولم تعد  
تتوافر الأمانة فى المعاملات فإن ذلك يودى إلى ضياع الحقوق وإثارة المنازعات، وهنا  
يصير الأمر بالكتابة واجبا لا مندوبا، وهو يكون اختلاف زمان لا اختلاف حجة  
وبرهان والله أعلم.

وعلى أى حال: فإذا أخذنا برأى الجمهور وعددنا أمر كتابة الدين للندب فإن  
السكوت عنه يكون مكروها، أما إذا أخذنا برأى الظاهرية ومن معهم وعددنا الأمر  
للولجوب فإن السكوت عنه يكون حراما.

ومنه أيضا - من السكوت المكروه - عدم الإشهاد على البيع، وعلى العقود فى  
المعاملات فذلك أمر مشروع بلا خلاف بين العلماء، بدليل قوله تعالى "وأشهدوا إذا  
تبايعتم"<sup>(٢)</sup>. ولكن الخلاف فى نوع الأمر الوارد فى الآية هل هو أمر للوجوب، أو للندب  
والإرشاد؟ وجمهور العلماء على أن الأمر فى الآية للندب والإرشاد لا للحتم، قال  
الطبرى: "وختلف العلماء هل ذلك على الوجوب أو الندب فرأى بعضهم أنه على  
الوجوب - وهو رأى الظاهرية وهو يوافق رأيهم فى كتابة الدين فى أن الأمر بهما  
للولجوب"<sup>(٣)</sup>.

والجمهور على أنه للندب والإرشاد، ويحكى هذا القول عن مالك والشافعى  
وأصحاب الرأى وزعم ابن العربى أن هذا قول الكافة، قال وهو الصحيح وقد باع النبى

(١) انظر: القرطبى - الجامع لأحكام القرآن - مرجع سابق - المجلد الثانى ص ٣٤٧، د/ كمال جودة  
أبو المعاطى - توثيق الدين بالكتابة والشهادة - مرجع سابق - ص ٢٠، د/ مصطفى سعيد الفخ - أثر  
الاختلاف فى القواعد الأصولية فى اختلاف الفقهاء - مؤسسة الرسالة - بيروت - الطبعة السابعة سنة  
١٩٩٨م. وأصله رسالة دكتوراه قدمت لجامعة الأزهر سنة ١٩٦٩. ص ٣٠٢، ص ٣٠٣.

(٢) سورة البقرة، آية [٣٨٣].

(٣) ابن حزم - المحلى - مرجع سابق ج ٨ ص ٨٠.

- صلى الله عليه وسلم - وكتب.. وقد باع ولم يشهد، واشترى ورهن درعه عند يهودى ولم يشهد، ولو كان الإشهاد أمرا واجبا لوجب مع الرهن لخوف المنازعة<sup>(١)</sup>.

وعلى ذلك - وطبقا لرأى الجمهور - يكون الإشهاد على البيع وعلى العقود المالية مندوبا، ومن ثم يكون السكوت عنه مكروها.

ومن السكوت المكروه أيضا فى مجال المعاملات، السكوت أو عدم الإفصاح عما يوجبه مبدأ حسن النية<sup>(٢)</sup>، فى العقود والتصرفات من التزامات مثل الالتزام بالتبصير والتحذير والنصيحة على المتعاقدين.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا يختلف عن السكوت عن تبين عيوب المبيع أو محل العقد عموما، إذ إن ذلك التبيين واجب وتركه محرم بالنص، وذلك موضعه فى السكوت المحرم لا المكروه، والذي سوف نبينه فى حينه . أما ما نحن بصدد من التزامات يفرضها مبدأ حسن النية فى التصرفات من التزام بالتبصير، والتحذير والنصيحة على

---

(١) راجع فى ذلك: القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - مرجع سابق - المجلد الثانى ص ٣٦٥، ابن كثير تفسير القرآن العظيم - مرجع سابق - المجلد الأول ص ٣٧٧، د/ مصطفى سعيد الخن - أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية فى اختلاف الفقهاء - مرجع سابق - ص ٣١١، د/ كمال جودة أبو المعاطي توثيق الدين بالكتابة والشهادة - مرجع سابق ص ٤٩ وما بعدها.

(٢) ويقصد بمبدأ حسن النية: " قصد الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها فى تصرف معين". أو قصد الالتزام بأحكام الشريعة ومقاصدها فى التصرفات". أى انعقاد العزم وتوجهه نحو الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها أى حكمها وعللها التى شرعت الأحكام وحددت الحدود من أجلها وهى مصالح العباد نفسها فى العاجل والأجل وذلك فى تصرف معين وهذا يشمل كل ما صدر عن الشخص من قول أو فعل يرتب عليه الشارع أثرا من الآثار. وقد عرف حسن النية فى التصرفات كذلك بأنه: "عدم انتواء الشر بجميع صورته" و: "انتهاء نية الإضرار بالغير فى التصرفات". ويجد مبدأ حسن النية سنده فى كثير من آى القرآن الكريم منها قوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " المائدة / ١. وقوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضى منكم " سورة النساء/ ٢٩. وقوله تعالى: "إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها" سورة النساء/ ٥٨. فبذه الآيات الكريمة تفيد الأمر بالوفاء بالعقود والوفاء هو الإتيان بالشئ كاملا غير منقوص ولا يتحقق الوفاء بالعقود إلا إذا التزم المتعاقدان الأمانة والصدق والإخلاص، وابتعدا عن التليس والغش والخيانة وهذه معان يدور حولها مبدأ حسن النية، وهذه الآيات تأمر بحسن النية وتنبى عن سوء النية الذى هو عمل قلقى، وسلوك أيضا يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية وعرف المجتمع وأخلاقه...

للمزيد من التفاصيل فى ذلك راجع د/ عبد الحليم عبد اللطيف عبد الحليم القونى - حسن النية وأثره فى التصرفات فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى - رسالة قدمت إلى الكلية الحقوق جامعة المنوفية لنيل درجة الدكتوراه سنة ١٩٩٧م ص ٧٥، ص ١٢٩ وما بعدها.

المتعاقدين فهذه التزامات لا يترتب على تخلفها إخلال بالعقد من حيث انعقاده، أو صحته، أو نفاذه وإنما يقع العقد بالرغم من الإخلال بها — صحيحا نافذا لازما<sup>(١)</sup>. إلا أنه يتتافى مع مكارم الأخلاق، وما يجب أن يكون عليه المسلم في تصرفاته مع غيره من بنى جنسه.

ويقضى الالتزام بالنصيحة قيام الطرف المالك للمحل الذى يجرى التعاقد عليه بإحاطة الطرف الآخر علما بكيفية استعمال هذا المحل فإذا كان العقد بيعا محله آلة تحتاج إلى خبرة خاصة لاستعمالها، فيجب على البائع أن يزود المشتري بالمعلومات اللازمة لذلك، ويبصره بما يمكن أن تحدثه من خطر نتيجة الاستعمال السيئ ويبصره كذلك بمقدار المدة التى تتحملها الآلة وهى مشعلة ومقدار الوقود التى تحتاجه ونوعه ودرجة جودته فهذه التزامات يفرضها حسن النية فى هذا المجال.

ويقضى الالتزام بالتحذير قيام أحد طرفى العلاقة العقدية بتوجيه تحذير للطرف الآخر من خطر قد يحدث للمبيع نتيجة الإهمال فى صيانتها، أو الخطأ فى استعماله وأخيرا يقضى الالتزام بالنصيحة قيام أحد طرفى العقد بتوجيه النصح والإرشاد للطرف الآخر إلى ما ينبغى فعله حتى يصل — من خلال التعاقد — إلى غايته ويحقق أهدافه

---

(١) العقد الصحيح هو الذى استوفى أركانه وشروطه ولم يرد نهى عنه ومن ثم يصلح لأن يرتب الشارع عليه آثاره وأحكامه. ومعنى كون العقد نافذا لازما أن يكون صادرا عن شخص يتمتع بالأهلية وله ولاية إصداره، ولم يتعلق به حق للغير، ولا خيار فيه، ولذا فهو يستتبع آثاره التى رتبها الشارع عليه من غير توقف على إجازة أحد، كما لا يملك أحد المتعاقدين فسخه وإبطاله أو التحلل منه. والعقد النافذ اللازم قسم من أقسام العقد الصحيح ويقابله النافذ غير اللازم أو الجائز. وهو الذى يجوز للعقد أن يرجع عنه بفسخه متى شاء من غير توقف على رضا الآخر. كما يوجد قسم آخر من أقسام العقد الصحيح وهو العقد الموقوف، وهو ما يتعلق به حق للغير، أو ما صدر ممن لا يملك التصرف، لذا فهو لا يفيد الملك إلا بالإجازة المعتبرة شرعا وهو العقد المشروع بأصله ووصفه ويفيد الملك على سبيل التوقف ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير به. راجع فى ذلك د/ أحمد أبو الفتح — كتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية — مطبعة النهضة — الطبعة الثانية سنة ١٩٢٢ ج ٢ ص ٢٤٧ وما بعدها، د/ على الخفيف — أحكام المعاملات الشرعية — دار الفكر العربى ص ٣٠٢، د/ محمد مصطفى شلبى — نظام المعاملات فى الفقه الإسلامى — مطبعة اتحاد الجامعات سنة ١٩٥٥ ص ٣٥٦ وما بعدها، د/ عبد الرازق حسن فرج — نظرية العقد الموقوف فى الفقه الإسلامى دار النهضة العربية سنة ١٩٦٩ ص ٤٠، د/ محمد يوسف موسى — الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى — دار الفكر العربى سنة ١٩٨٧ ص ٤٤٦، د/ أحمد فراج حسين — الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية — مؤسسة الثقافة الجامعية ص ٢٩٩ وما بعدها، د/ محمد سراج — نظرية العقد فى الفقه الإسلامى ص ١٦٨.

المرجوة. فمن حسن النية أن يقدم المتعاقد لصاحبه النصيحة، لأن العلاقة التعاقدية فى الشريعة الإسلامية تقوم على السماحة والتعاون لا على التناصر واقتناص الفرص<sup>(١)</sup>.

إذا: السكوت عن تلك الالتزامات التى يفرضها حسن النية فى التصرفات والتى يقصد منها الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية، ومراعات مقاصدها فى التصرفات يكون مكروها، وهى التزامات تأتى بعد الالتزام بتبيين عيوب المبيع.

وبعد، فهذه بعض أمثلة للسكوت المكروه، وهى بإيجاز اتخاذ موقف سلبى مجرد تجاه أمر يندب فيه اتخاذ موقف إيجابى من قول أو فعل، سواء أكان ذلك فى مجال العبادات أم المعاملات أم الأخلاقيات مثل الإصلاح بين الناس، والقيام بكل ما تقتضيه مكارم الأخلاق، التى يحث عليها الشرع الحنيف.

---

(١) راجع فى ذلك د/ عبد الحليم عبد اللطيف القونى — حسن النية واثره فى التصرفات فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى — مرجع سابق ص ٣٤٤ وما بعدها.



## المبحث الرابع

### السكوت المحرم

قمنّا أن السكوت فى أصله مباح ولكنه قد يكون مندوبا وقد يكون مكروها. وهنا نبين أن السكوت فى حالات معينة يكون محرما ومحظورا وذلك فى كل حالة يرد فيها النص بوجوب الكلام أو اتخاذ موقف إيجابى، بحيث لا يحل للمسلم حينئذ أن يظل ملتزما للصمت إزاء الأمر المسكوت عنه. فحين يرد النص بطلب الفعل أو القول من المكلف طلبا جازما فهذا يعنى إيجاب ذلك عليه بحيث يَأْتُم ويعاقب على تركه.

وتطبيقا لذلك: يكون ترك ما وجب على المكلف أدائه من قول أو فعل والسكوت عنه محرما، سواء أكان ذلك فى مجال العبادات أم المعاملات أم الحدود.

ونسوق فيما يلى بعضا من صور السكوت المحرم.

#### أولا: السكوت عن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر:

والمقصود بالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر.

المعروف عرف بتعريفات كثيرة وهى وإن كانت مختلفة فى شكلها وصياغتها، فإنها متفقة من حيث مضمونها فمنها مثلا المعروف هو: " اسم كل فعل يعرف حسنه بالشرع والعقل معا" و " ما عرف بأدلة الشرع أنه من أعمال البر، سواء أجرت به العادة أم لا"<sup>(١)</sup>.

إلى غير ذلك من تعريفات كثيرة للعرف يفهم من مجموعها أن المعروف هو: كل

---

(١) انظر: القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - مرجع سابق - مجلد (٤) ج٧ ص٣٠٨، ابن حجر - فتح البارى - مرجع سابق ج١٠ ص٥٤٠، من تعريفات العرف أيضا: أنه " كل خصلة حسنة ترتضيها العقول وتطمئن إليها النفوس وذلك مثل صلة الرحم، وتقوى الله فى الحلال والحرام وغيض الأبصار" انظر القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - مرجع سابق فى ذات الموضع المشار إليه.

كما عرف بأنه " كل قول أو فعل ينبغى قوله أو فعله طبقا لنصوص الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة كنصرة المظلوم والتسوية بين الخصوم فى الحكم والدعوى إلى الشورى والحث على كل خير إلى غير ذلك" انظر د/ رمضان على السيد الشرنباصى - السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية - مرجع سابق ص١١٠، د/ داود الباز - النظم السياسية - الدولة والحكومة فى ضوء الشريعة الإسلامية - دار النهضة العربية سنة ١٩٩٨ ص٣٢٣.

وعرفه الجرجاني بأنه: " كل ما يحسن فى الشرع " انظر: الجرجاني - التعريفات - مرجع سابق ص٢٨٣.

قول أو فعل أو كل خصلة حسنة ترتضيها العقول وتطمئن إليها النفوس طبقا لنصوص الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة. فيدخل في ذلك كل ما عرف بأدلة الشرع أنه من أعمال البر والخير مثل صلة الرحم والحث على تقوى الله تعالى في الحلال والحرام وغض الأبصار وغير ذلك من كل خصال الخير، ويجمع كل ذلك أن المعروف " يصدق على كل ما أمر الشارع به من قول أو فعل؛ لأن الشارع لا يأمر إلا بما هو خير".

وأما المنكر فله تعريفات كثيرة أيضا منها: " أنه كل معصية حرمتها الشريعة الإسلامية سواء أوقعت من مكلف أم غير مكلف" (١).

أو هو: ما ليس فيه رضا الله تعالى من قول أو فعل" (٢).

وقد عرفه أحد أساتذتنا الأجلاء بأنه: " كل محذور أو محذور الوقوع في الشرع" مفضلا التعبير بـ " محذور الوقوع" على التعبير بالمعصية. بناء على أن المنكر أعم من المعصية ولعدم عد فعل الصبي والمجنون معصية. بناء على القول بأن الفعل لا يكون معصية إلا إذا كان الفاعل مكلفا (٣).

وعلى ذلك فالمنكر ضد المعروف.

ويجدر التنبيه إلى أن الأمر بالمعروف قد يكون قولاً محضاً أو عملاً محضاً وقد يجتمع القول والعمل معاً كالدعوة إلى إخراج الزكاة وإخراج الداعي لها فعلاً. كما أن النهي عن المنكر قد يكون قولاً محضاً وقد يكون فعلاً محضاً.

ويندرج في الأمر بالمعروف الأمر بالصلوات الخمس في مواقيتها وتعاهد المؤذنين والأئمة والأمر بالجماعة، والجمعة، وأداء الأمانة، والصدق، والنصح في الأقوال والأفعال، ويندرج في النهي عن المنكر النهي عن الخيانة وتطغيف المكيال والميزان والغش في الصناعات والبياعات واتخاذ أنواع المسكرات إلى غير ذلك (٤).

---

(١) د/ رمضان على السيد الشرنباصي - السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية - مرجع سابق ص ١١٠، د/ داود الباز - النظم السياسية - المرجع السابق ص ٣٢٣.

(٢) الجرجاني - التعريفات - مرجع سابق - ص ٣٠٣.

(٣) راجع في تفصيل ذلك د/ رمضان على السيد الشرنباصي - السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية مرجع سابق ص ١١٠.

(٤) انظر الإمام ابن القيم - الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية - دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى سنة ١٩٩٥ ص ١٨٥ و ١٨٦.

والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجب بالكتاب والسنة والآثار والإجماع.

فمن القرآن الكريم آيات كثيرة توجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر منها، قوله تعالى: " ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون" <sup>(١)</sup> يقول الإمام الغزالي في الآية بيان الإيجاب، فإن قوله تعالى " ولتكن " أمر، وظاهر الأمر الإيجاب، وفيها أيضا أن الفلاح منوط به <sup>(٢)</sup>.

وقوله تعالى: " الذين إن مكناهم في الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر" <sup>(٣)</sup>.

وقوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين" <sup>(٤)</sup> يقول الإمام الغزالي أيضا إن ذلك هو الأمر بالمعروف للوالدين والأقربين <sup>(٥)</sup>.

إلى غير ذلك من الآيات الكريمة الكثيرة التي تدل على وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

ومن السنة النبوية المطهرة أيضا أحاديث كثيرة تدل على وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر تؤكد ما ورد بالقرآن الكريم من ذلك:

١- ما روى عن أبي سعيد الخدري قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: "من رأى منكم منكرا فليغيره بيده. فإن لم يستطع فبلسانه. فإن لم يستطع فبقلبه. وذلك أضعف الإيمان" <sup>(٦)</sup>.

فهذا الحديث صريح واضح الدلالة على وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن

---

(١) سورة آل عمران ، آية [ ١٠٤ ].

(٢) الإمام الغزالي - إحياء علوم الدين - مرجع سابق - الجزء الثالث ص ٣٨٢.

(٣) سورة الحج ، آية [ ٤١ ] .

(٤) سورة النساء، آية [ ١٣٥ ] .

(٥) الإمام الغزالي - إحياء علوم الدين - مرجع سابق ج ٣ ص ٣٨٢.

(٦) مسلم - صحيح مسلم - مرجع سابق ج ١ كتاب الإيمان - باب (٢٠) ص ٦٩ وهو حديث أبي بكر قال: أول من بدأ بالخطبة يوم العيد قبل الصلاة مروان - فقام إليه رجل فقال: الصلاة قبل الخطبة. فقال: قد ترك ما هنالك فقال أبو سعيد أما هذا فقد قضى ما عليه - وذكر الحديث كما روى هذا الحديث أبو داود - سنن أبي داود - مرجع سابق - الجزء الرابع - كتاب الملاحم - باب الأمر والنهي ص ١٢١، والترمذي - الجامع الصحيح - سنن الترمذي - مرجع سابق ج ٤ - كتاب الفتن ص ٤٧٠.

٢- ما رواه حذيفة عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال : " والذي نفسى بيده لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر أو ليوشكن الله أن يبعث عليكم عقابا منه ثم تدعونه فلا يستجاب لكم " (١).

٣- ما روى عن أبي بكر الصديق - رضى الله عنه - أنه قال فى خطبة خطبها " أيها الناس إنكم تفرعون هذه الآية وتضعونها على غير موضعها "عليكم أنفسكم لا يضركم من ضل إذا اهتديتم" قال خالد: وإنا سمعنا النبي - صلى الله عليه وسلم - يقول " أن الناس إذا رأوا الظالم فلم يأخذوا على يديه أوشك أن يعمهم الله بعقاب". وقال عمرو عن ميثم أو إنى سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول : " ما من قوم يعمل فيهم بالمعاصى ثم يقدرن على أن يغيروا ثم لا يغيروا إلا يوشك أن يعمهم الله منه بعقاب"(٢).

٤- ما روى عن عبد الله بن مسعود - رضى الله عنه أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : " ما من نبي بعثه الله فى أمة قبلى إلا كان له من أمته حواريون وأصحاب يأخذون بسنته ويقتدون بأمره، ثم إنها تخلف من بعدهم خلوف يقولون ما لا يفعلون، ويفعلون ما لا يؤمرون فمن جاهدهم بيده فهو مؤمن، ومن جاهدهم بلسانه فهو مؤمن ومن جاهدهم بقلبه فهو مؤمن، وليس وراء ذلك من الإيمان حبة خردل(٣). ومعنى تخلف - تحدث، وأما الخلوف فهو جمع خلف ، وهو الخالف بشر، وأما بفتح اللام فهو

(١) الترمذى - الجامع الصحيح - سنن الترمذى - مرجع سابق ج٤؛ كتاب الفتن - باب ما جاء فى الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ص٦٨؛ وهذا الحديث ورد برواية أخرى فى سنن أبى داود جاء فيها عن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - " إن أول ما دخل النقص على بنى إسرائيل كان الرجل يلقي الرجل فيقول: يا هذا اتق الله ودع ما تصنع فإنه لا يحل لك، ثم يلقاه من الغد فلا يمنعه ذلك أن يكون أكيله وشريبه وقعيده فلما فعلوا ذلك ضرب الله قلوب بعضهم ببعض ثم قال: "لعن الذين كفروا من بنى إسرائيل على لسان داود وعيسى بن مريم " إلى قوله فاسقون " ثم قال " كلا والله لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر ولتأخذن على يدى الظالم ولتأطرنه عن الحق أطرا ولتقصرننه على الحق قصرا. أو " ليضربن الله بقلوب بعضكم على بعض ثم ليلعنكم كما لعنهم ". انظر أبو داود - سنن أبى داود - مرجع سابق ج٤؛ كتاب الملاحم باب الأمر والنهي ص١١٩ ، ١٢٠.

(٢) أبو داود - سنن أبى داود - مرجع سابق - ج٤؛ كتاب الملاحم ص١٢٠، وانظر كذلك الترمذى - الجامع الصحيح - سنن الترمذى مرجع سابق ج٤ ، كتاب الفتن ص٤٦٧.

(٣) مسلم - صحيح مسلم - مرجع سابق - ج١ كتاب الإيمان - باب بيان كون النهى عن المنكر من الإيمان .. ص٦٩ ، ص٧٠.

الخالف بخير، فهذا الحديث — كالأحاديث المتقدمة — دليل واضح على وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

وقد توارث الآثار عن السلف الصالح على وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. من ذلك ما ورد عن أبي الدرداء — رضى الله عنه — أنه قال : " لتأمرن بالمعروف ولتتهون عن المنكر أو ليسلطن الله عليكم سلطانا ظالما لا يجلب عليكم ولا يرحم صغيركم ، ويدعو عليه خياركم فلا يستجاب لهم، وتستصرون فلا تتصرون وتستغفرون فلا يغفر لكم " . وسئل حذيفة — رضى الله عنه — عن ميت الأحياء فقال: الذى لا ينكر المنكر بيده، ولا بلسانه ، ولا بقلبه<sup>(١)</sup>. وغير ذلك من الآثار كثير يؤيد ويؤكد ما جاء بالقرآن الكريم والسنة المطهرة، وما انعقد عليه إجماع الأمة.

كما أن الإجماع منعقد على وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فقد أجمع المسلمون على أن المنكر واجب تغييره، وأنه فرض على كل من قدر عليه وأطاقه وأمن الضرر<sup>(٢)</sup>.

وهكذا ، تأكد لنا وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر من خلال آيات القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة وأقوال السلف والإجماع، بل إنه من أعظم الواجبات التى يثاب الإنسان على فعلها، ويعاقب على تركها، وإذا كان الإنسان ينال عليه الثواب إذا كان متوجها إلى آحاد الأمة، فإن الثواب يكون أعظم إذا توجه هذا الواجب من آحاد الأمة إلى حكامها كما بين ذلك رسول الله — صلى الله عليه وسلم — ذلك فى قوله " إن من أعظم الجهاد كلمة عدل عند سلطان جائر " <sup>(٣)</sup>.

ولقد أوجبت الشريعة الإسلامية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لما يترتب عليه من نتائج عظيمة تحقق مصالح الأفراد والمجتمعات على حد سواء. فالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وسيلة مهمة من وسائل إصلاح المجتمعات

---

(١) انظر فى ذلك وفى التعرف على غيره من الآثار: الإمام الغزالي — إحياء علوم الدين — مرجع سابق جـ ٣ ص ٣٨٧ ، ص ٣٨٨.

(٢) انظر: القرطبي — الجامع لأحكام القرآن — مرجع سابق — المجلد ٢ جـ ٤٦، المجلد ٣ جـ ٦ ص ١٨٨.

(٣) انظر: الترمذي — الجامع الصحيح — " سنن الترمذي " — مرجع سابق كتاب الفتن — جـ ٤٧١، د/ محمد رأفت عثمان — القضايا الثلاث — تغيير المنكر بالقوة — الخروج على الحاكم تكفير الدولة — دار الفضيلة — دبي الإمارات — الطبعة الأولى سنة ١٩٨٩ م ص ٢٣.

وتقويم الإنحراف على مستوى الأفراد حكاما ومحكومين، ومن ثم إصلاح المجتمع عامة. إذ من شأنه أن يحمل الناس على التناصح والتعاون ، وعلى الابتعاد عن المعاصي ، وعلى التناهي عن المنكرات.

كما أن هذا الواجب يعطي الأمة حق الرقابة على أفراد المجتمع حكاما ومحكومين بحيث يجعل كل إنسان رقيبا على غيره من الأفراد أو الحكام. فبإيجابه أصبح الأفراد ملتزمين ومكلفين شرعا بأن يوجه بعضهم بعضا وأن يواجهوا الحكام ويقوموا عوَجهم وينتقدوا تصرفاتهم في إطار الشريعة الإسلامية وسماحتها. هذا التوجيه أساسه الأمر بالمعروف. والنقد أساسه النهي عن المنكر. فإذا كان حكم الحكام وأعمالهم توافق أحكام شريعة الله فلا حق لأحد أن يعترض، وإلا فواجب الأمة أن تنبه الحكام إلى ما وقعوا فيه من خطأ ، وتطالب بإصلاحه على وفق القواعد التي بينها شريعة الإسلام<sup>(١)</sup>.

وأهمها أن يكون بالحكمة والموعظة الحسنة امتثالا لقوله تعالى : " ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن " <sup>(٢)</sup>.

كما أن في إيجاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إخمادا للفتن والشور يقول الإمام ابن تيمية " .. وإذا كان الكفر والفسوق والعصيان سبب الشر والعدوان، فقد ينذب الرجل أو الطائفة ويسكت آخرون عن الأمر والنهي فيكون ذلك من ذنوبهم وينكر عليهم آخرون إنكارا منهيا عنه فيكون ذلك من ذنوبهم فيحصل التفرق والاختلاف والشر وهذا من أعظم الفتن والشور قديما وحديثا.. " <sup>(٣)</sup>. ففي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر على وفق قواعد الشريعة سدا لذلك.

لذلك وصف الله تعالى نبينا - صلى الله عليه وسلم - بقوله تعالى : " .. يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر، ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث " <sup>(٤)</sup>. فهذا وصف مدح وبيان لكمال رسالته، فإنه - صلى الله عليه وسلم - هو الذي أمر الله على

---

(١) انظر : د/ رمضان على السيد الشرنباصي - السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية - مرجع سابق ص ١٠٩-١١٠، د/ محمد رأفت عثمان - القضايا الثلاث - مرجع سابق - ص ٢١-٢٢ .

(٢) سورة النحل آية [ ١٢٥ ] .

(٣) انظر الإمام أحمد بن تيمية - مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية - جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي - دار الرحمة للنشر والتوزيع - القاهرة - بدون تاريخ المجلد الثامن والعشرون ص ١٤٢ .

(٤) سورة الأعراف ، آية [١٥٧] .

لسانه بكل معروف، ونهى عن كل منكر وأحل كل طيب وحرم كل خبيث، وبه صلى الله عليه وسلم - كمل دين الله المتضمن للأمر بكل معروف والنهي عن كل منكر وإحلال كل طيب وتحريم كل خبيث. فتحريم الخبائث يندرج فى معنى "النهي عن المنكر" كما أن إحلال الطيبات يندرج فى الأمر بالمعروف<sup>(١)</sup>.

كما وصف الله تعالى الأمة ومدحها بما وصف به نبيها - صلى الله عليه وسلم - فى قوله تعالى: " كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله " <sup>(٢)</sup>. فقد مدح الله هذه الأمة ما أقاموا ذلك واتصفوا به، فإذا تركوا التغيير وتواطئوا على المنكر زال عنهم اسم المدح ولحقهم اسم الذم وكان سببا لهلاكهم<sup>(٣)</sup>.

روى أن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - قرأ هذه الآية : " كنتم خير أمة أخرجت للناس " ثم قال : من سره أن يكون من هذه الأمة فليؤد شرط الله فيها<sup>(٤)</sup>. ومن لم يتصف بذلك أشبه أهل الكتاب الذين نهم الله بقوله تعالى : " لعن الذين كفروا من بنى إسرائيل على لسان داود وعيسى ابن مريم ذلك بما عصوا وكانوا يعتدون كانوا لا يتناهون عن منكر فعلوه لبئس ما كانوا يفعلون " <sup>(٥)</sup>.

فترى أن ترك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر كان سببا لذنم بنى إسرائيل ولعنهم، وهذا يدل على أنهم كانوا مأمورين بذلك، يدل على ذلك أيضا قوله تعالى : " إن الذين يكفرون بآيات الله ويقتلون النبيين بغير حق ويقتلون الذين يأمرون بالقسط من الناس فيشهرهم بعذاب أليم " <sup>(٦)</sup>. يقول الإمام القرطبي : هذه الآية دليل على أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر كان واجبا فى الأمم المتقدمة<sup>(٧)</sup>.

إضافة إلى ما سبق، يكفي فى بيان فضل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أن الله تعالى جعل ذلك فرقا بين المؤمنين والمنافقين إذ يقول جل شأنه :

(١) ابن تيمية - مجموع فتاواه - المرجع السابق - مجلد ٢٨ ص ١٢١ - ١٢٢.

(٢) سورة آل عمران ، آية [١١٠].

(٣) للقرطبي - الجامع لأحكام القرآن - مرجع سابق - مجلد ٢ ج ٤ ص ١٦٤.

(٤) ابن كثير - تفسير القرآن العظيم - مرجع سابق - المجلد الأول - ص ٣٩٦.

(٥) سورة المائدة ، آية [٧٨ - ٧٩].

(٦) سورة آل عمران ، آية [٢١].

(٧) القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - مرجع سابق - المجلد الثاني - ج ٤ ص ٤٥.

"والمنافقون والمنافقات بعضهم من بعض يأمرون بالمنكر وينهون عن المعروف"<sup>(١)</sup>..  
 "والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر.." <sup>(٢)</sup> -

لكل ما تقدم ، أوجب الله تعالى الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وبعث به رسله وأنزل به كتابه، ووصف به نبينا محمد - صلى الله عليه وسلم - ووصف به هذه الأمة، وفضلها لأجله على سائر الأمم التي أخرجت للناس<sup>(٣)</sup>.

وإذا كانت تلك بعض فضائل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فمن الواجب أن نبين ما هو المقصود بالمعروف وما هو المنكر، وما هي أدلة وجوبه، وما هي شروطه ومتى يجوز أو يرخص في السكوت عنه.

ولكن : إذا كان الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجبا - كما بينا - فهل هذا الواجب واجبا عينيا بحيث يتعين على كل مكلف أن يقوم به، أو إنه واجب كفائي يلتزم به الجميع من غير تعيين على أحد بعينه بحيث يسقط الإثم عن الكل إذا قام به البعض؟ <sup>(٤)</sup>.

اتفق غالبية الفقهاء على أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجب على

(١) سورة التوبة ، آية [٦٧] .

(٢) سورة التوبة ، آية [٧١] .

(٣) ابن تيمية - الحسبة في الإسلام - مطبعة المؤيد - سنة ١٣١٨ هـ - ص ٦ ، ابن القيم .. الطرق الحكيمة في المياسية الشرعية ، دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى سنة ١٩٩٥ ، ص ١٨٣ .

(٤) قد سبق أن بينا أن الواجب ينقسم من حيث المخاطب به أو المكلف بأدائه إلى قسمين : واجب عيني يتوجه الخطاب بالتكليف فيه إلى كل مكلف بحيث يتعين عليه القيام به ولا يسقط عنه بأداء الآخرين مثل الصلاة والصوم .

وإلى واجب كفائي يتوجه التكليف فيه إلى مجموع المكلفين بغرض تحصيل المطلوب من غير نظر للفاعل، بحيث يسقط الإثم إذا قام به البعض مثل الجهاد، وبناء المستشفيات .. وغير ذلك .

أنظر في ذلك على سبيل المثال : د. عمر عبد الله - سلم الوصول إلى علم الأصول - مؤسسة المطبوعات الحديثة - الطبعة الثانية سنة ١٩٥٩ ، ص ٤٩ .

د. حسين حامد حسان - أصول الفقه - دار النهضة العربية ، سنة ١٩٧١ ص ٥٤ .

د. محمد أبو زهرة - أصول الفقه - دار الفكر العربي سنة ١٩٧٣ ص ٣٥ .

د. علي حسب الله - أصول التشريع الإسلامي - دار المقتف العربي سنة ١٩٨٢ - ص ٣٨٤ .

د. عبد الكريم زيدان - الوجيز في أصول الفقه - مكتبة القدس - مؤسسة الرسالة - الطبعة الثانية سنة ١٩٨٧ ص ٣٦ .

د. رمضان علي السيد الشرنباصي - أصول الفقه سنة ٢٠٠٠ ص ٢٦٨ .



الكفاية أو واجب كفاي<sup>(١)</sup>. وأن الخطاب فيه إلى مجموع المكلفين من الأمة بقصد إقامته من غير نظر للفاعل ، وهذا يعني انه متى قام به البعض سقط الإثم عن الباقين، لكن إذا لم يقم به البعض أثم الجميع.

وقد استدل العلماء على انه من الواجبات الكفائية بقوله تعالى : " ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر .. " <sup>(٢)</sup>. فمن الآية الكريمة دليل على أنه فرض في قوله تعالى " ولتكن " .

كما تدل على أنه فرض كفاية لأنه واجب على البعض لا على الكل ، لأن " من " في قوله " منكم " للتبعض. ومعناه أن الأمرين يجب أن يكونوا علماء وليس كل الناس علماء. ولم يقل المولى عزوجل : كونوا كلكم أمرين بالمعروف، بل قال : " ولتكن منكم أمة ، فإذا مهما قام به واحد أو جماعة سقط الحرج والإثم عن الآخرين واختص الفلاح بالقائمين به المباشرين وإن تقاعد عنه الخلق أجمعون عم الحرج القادرين عليه كافة كما أن الله تعالى قد عين هؤلاء الذين يقع عليهم القيام بهذا الواجب في قوله تعالى: " الذين إن مكناهم في الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمرؤا بالمعروف ونهوا عن المنكر " <sup>(٣)</sup> فليس كل الناس مكنوا في الأرض <sup>(٤)</sup>.

ويرى بعض العلماء انه واجب عيني على كل واحد من أفراد المسلمين وليس واجبا كفاييا. ويشبهونه بفريضة الحج فهو فرض عيني ولكن على المستطيع وعندهم أن فريضة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أكبر من فريضة الحج.. ولم يشترطوا فيها الاستطاعة، لأنها دائما مستطاعة. فالاستطاعة في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ممكنة لجميع الأفراد. فالمتاصل يستطيع أن يأمر بالمعروف بما هو ظاهر كأداء الصلاة والصوم — كما يستطيع أن ينهي عن المنكر فيما لا يخفى كالسرقة والزنا. والعالم

---

(١) انظر : ابن تيمية — الحسبة في الإسلام — مرجع سابق ص ٦ ، ومجموع فتاوى ابن تيمية — مرجع سابق جـ ٢٨ ص ١٢٦ .

ابن القيم — الطرق الحكمية في السياسة الشرعية — مرجع سابق ص ١٨٤ ، الإمام الغزالي — إحياء علوم الدين — مرجع سابق جـ ٣ ص ٣٨٢ .

(٢) سورة آل عمران ، آية [١٠٤] .

(٣) سورة الحج ، آية [٤١] .

(٤) انظر في ذلك القرطبي — الجامع لأحكام القرآن — مرجع سابق — مجلد ٢ ، جـ ٤ ص ١٥٧ ، والإمام الغزالي — إحياء علوم الدين — مرجع سابق جـ ٣ ص ٣٨٣ ، د/ رمضان على السيد الشرنباصي السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية — مرجع سابق ص ١١٢ ، د/ محمد رأفت عثمان — القضايا الثلاث — مرجع سابق ص ٢٤ .

يَسْتَطِيعُ أَنْ يَأْمُرَ بِالْمَعْرُوفِ ، وَيَنْهَى عَنِ الْمُنْكَرِ فِيمَا هُوَ ظَاهِرٌ أَوْ خَفِيٌّ<sup>(١)</sup>.

وقد استدلل هؤلاء على أنه واجب عيني بأن المعنى المستفاد من قوله تعالى : "ولتكن منكم أمة" إنما هو لبيان الجنس، والمعنى : لتكونوا كلكم كذلك<sup>(٢)</sup>، كما أن التعبير القرآني في الآية الكريمة يدل على التخصيص مجازاً وليس على سبيل الحقيقة وذلك نظير قوله تعالى : " يغفر لكم من ذنوبكم " والمعنى يغفر لكم ذنوبكم. ولكن الرأي الراجح ما ذهب إليه القائلون بأنه على الكفاية<sup>(٣)</sup>.

ولكن ليس معنى كونه فرض كفاية أنه يسقط بمجرد تحميله للبعض من العلماء أو القادرين عليه. وإنما هو واجب يجب أدائه، فإن لم يؤد يأتّم الجميع.

ومع كونه واجبا كفاًياً - طبقاً للرأي الراجح - فإنه يصير إلى واجب عيني على القادر الذي لم يقم به غيره من نوى الولاية والسلطان أو من عامة الناس<sup>(٤)</sup>.

كما يتحول واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إلى واجب عيني في حالة كون الإنسان في موضع لا يعلم به إلا هو كوجود عالم في بيئة تجهل أمور الدين، أو كان لا يوجد أحد يمكنه أن يزيل المنكر إلا هو كرئيس الدولة في بعض الأحوال، وكالزوج الذي يرى زوجته تخالف الشرع في تصرفاتها، أو يرى بعض أولاده كذلك فهو وحده الذي له سلطة القيام بتغيير المنكر<sup>(٥)</sup>.

---

(١) يرى الشيعة الإمامية أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجباً على الأعيان في الراجح عندهم انظر : الحلي المختصر النافع في فقه الإمامية ص ١١٥، انظر : د/ رمضان على السيد الشرنباصي السكوت ودلالاته على الأحكام الشرعية - مرجع سابق - ص ١١١.

(٢) القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - المرجع السابق - مجلد ٢ ج ٤ ص ١٥٧.

(٣) انظر : د/ محمد رأفت عثمان - القضايا الثلاث - مرجع سابق ص ٢٤.

(٤) ابن تيمية - الحسبة في الإسلام - مطبعة المؤيد سنة ١٣١٨ هـ، ص ٦، ابن القيم - الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية - مرجع سابق ص ١٨٤.

(٥) انظر د/ محمد رأفت عثمان - القضايا الثلاث - مرجع سابق ص ٢٥.

وإذا كان الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجباً كفاًياً، فإنه يتعين القيام به من كل من يستطيع ذلك إلا أنه حتى يحقق الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ثمرته المرجوة، اشترط الفقهاء فيمن يقوم بهذا الواجب شروطاً معينة منها : أن يكون مكلفاً ، مؤمناً ، قادراً على ذلك، والمراد هنا المقدرة الحسية أو المادية، والمقدرة العلمية كذلك وقدره الحجة والإقناع، كما يشترط - عند بعض الفقهاء - أن يكون هناك إذن من الإمام أو الحاكم أو من ينييه بحيث يمكن اختيار من يحسن القيام بهذه الوظيفة ولأن تركها إلى الأفراد دون قيد أو شرط من شأنه إثارة الفتن.

كما اشترط بعض الفقهاء أيضاً فيمن يقوم بذلك أن يكون عدلاً إذ لا يصح أن يكون الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فاسقاً بدليل قوله تعالى " أتأمرون الناس بالبر وتسنون أنفسكم " سورة البقرة آية ==

**خلاصة :** لما كان الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجبا - على نحو ما بينا - فإنه يترتب على ذلك ضرورة القيام بها، وعدم السكوت عنه، طالما توافرت الشروط اللازمة لذلك، لأن السكوت في هذه الحالة محرم شرعا. وذلك إذا لم توجد حالة من الحالات التي يرخص فيها بالسكوت عن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. فقد أوجب العلماء السكوت عن ذلك إذا كان سيترتب عليه ضرر مؤكد بأن كان يخشى الإنسان على نفسه القتل عند تغيير المنكر.

وقد استدلل العلماء على وجوب السكوت في هذه الحالة بما ورد في القرآن الكريم في قصة سيدنا موسى وأخيه هارون عليهما السلام حيث يقول المولى سبحانه : "ولما رجع موسى إلى قومه غضبان أسفا قال بنسما خلفتموني من بعدي أعجلتم أمر ربكم وألقى الألواح وأخذ برأس أخيه يجره إليه قال ابن أم إن القوم استضعفوني وكادوا يقتلونني" <sup>(١)</sup>. فعندما رجع موسى إلى قومه ووجدهم قد فتنوا بالعجل وغضب لذلك غضبا شديدا.. وألقى الألواح.. وأخذ برأس أخيه يجره إليه. والشاهد أن هارون - عليه السلام - بين سبب سكوته عن مقاومتهم وعدم نهيمهم عن ذلك بقوله: "إن القوم استضعفوه وكانوا يقتلونه فسكت خوفا على نفسه من القتل". فأخذ العلماء من ذلك دليلا

---

==[٤٤]: . وقوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون، كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون" سورة الصف - آية [٣٢].

غير أن الراجح عدم اشتراط ذلك، فيجوز للعلماء أن يأمر بالمعروف وينهي عن المنكر؛ لأن في اشتراط العدالة وكمال الحال سدا لباب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، كما يشترط أن يتم دفع المنكر بأيسر ما يندفع به.

ويشترط للقيام بذلك أن يوجد منكر أي "محظور الوقوع شرعا" وأن يكون موجودا في الحال، وأن يكون ظاهرا بلا تجسس. وفي هذا الصدد أورد الإمام الغزالي قصة عمر - رضى الله عنه - حيث ورد عنه تسليق دار رجل فرآه على حال مكروهة فأنكر عليه فقال يا أمير المؤمنين إن كنت قد عصيت الله من وجه واحدة فأنت عصيته من ثلاثة أوجه. فقال : وما هي ؟ قال : قد قال تعالى "ولا تجسسوا" وقد تجسست . وقال تعالى : "وأتوا البيوت من أبوابها" وقد تسورت من السطح. وقتل تعالى "ولا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستسئوا وتسلموا على أهلها" وما سلمت . فتركه عمر وشرط عليه التوبة .

راجع في ذلك وفي شروط الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الإمام الغزالي - إحياء علوم الدين ج٣ ص ٢٨٨ وما بعدها ، القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - مرجع سابق مجلد ٢ ج٢ ص ٤٦ ؛ د/ رمضان على السيد الشرنباصي - السكوت ودلالته على الأحكام - مرجع سبق ص ١١٨، د/ محمد رأفت عثمان - القضايا الثلاث ص ٢٥ وما بعدها.

(١) سورة الأعراف ، آية [١٥٠].

على وجوب ترك النهي عن المنكر والسكوت عنه عند خشية القتل<sup>(١)</sup>. وفي هذه الحالة لا يبقى أمام الإنسان سوى أن ينكر بقلبه وبذلك يكون قد حقق النهي عن المنكر قدر استطاعته ورخص له في ترك واجب التغيير باليد وكذلك باللسان<sup>(٢)</sup>.

كذلك يجب السكوت عن هذا الواجب والاكتفاء بالإنكار بالقلب إذا كان يخشى حدوث فتنة أو شر بسبب القيام بواجب الإنكار على مرتكب المنكر باليد أو اللسان حيث سيترتب على إنكاره ضرر أعظم، كما تجوز طاعة الأمير الجائر إذا كان سيترتب على الخروج عليه شر أعظم، وتلك المسألة خرجها العلماء على قاعدة "الضرر لا يزال بالضرر" وما يتعلق بها من أن "درء المفساد أولى من جلب المصالح" و، "إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما" و "يختار أهون الشرين"<sup>(٣)</sup>. ومعنى ما تقدم : أنه إذا كانت هناك مصلحة مبتغاة من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فإن تحقيقها سيترتب عليه مفسدة أكبر منها فإنه يجب في هذه الحالة السكوت عن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ويكتفي بمجرد الإنكار بالقلب<sup>(٤)</sup>. فإذا كان فعل المنكر ضاراً بالمجتمع ولكن يترتب على تغييره ضرر أكبر فإنه يتحمل

(١) ابن العربي - أحكام القرآن - مرجع سابق جـ ١ ص ٣٢٦، القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - مجلد ٤ جـ ٧ ص ٢٦٠.

(٢) د/ عبد الكريم زيدان - الوجيز في أصول الفقه - مرجع سابق ص ٥٣، د/ محمد رأفت عثمان - القضايا الثلاث - مرجع سابق ص ٢٥.

(٣) راجع في القواعد المتقدمة وشروحها على سبيل المثال : د/ علي أحمد الندوي - القواعد الفقهية مرجع سابق ص ٣١٣، ص ٣٨٨، د/ أحمد محمد الحصري - القواعد الكلية للفقه الإسلامي - مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٩٩٣ ص ٢٤٠ وما بعدها، د/ محمود عبد الله العكازي - شرح القواعد الفقهية سنة ١٩٩٨ ص ١٦٤، د/ رمضان على السيد الشرنباصي - المدخل لدراسة الفقه الإسلامي الطبعة الثالثة ص ٣١٣، د/ عبد العزيز محمد عزام - قواعد الفقه الإسلامي - مكتبة الرسالة الدولية - الشرقية - سنة ١٩٩٩، ص ١٨١ وما بعدها.

(٤) وفي ذلك يقول الإمام عز الدين بن عبد السلام : " إذا اجتمعت مصالح ومفاسد فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفساد فعلنا ذلك امتثالاً لأمر الله تعالى في قوله : " فتقوا الله ما استطعتم " وإن تعذر الجمع - الدرع والتحصيل - فإن كانت المفيدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة، ولا نبالي بفوات المصلحة. انظر : العز بن عبد السلام - القواعد الصغرى - مرجع سابق ص ٤٩، د/ علي الندوي القواعد الفقهية - مرجع سابق ص ٣١٤، ويقول الإمام ابن تيمية : " إذا تعارضت المصالح والمفاسد فإن الأمر والنهي وإن كان متضمناً لتحصيل مصلحة ودفع مفسدة فينظر في المعارض له. فإن كان الذي يفوت من المصالح أو يحصل من المفساد أكثر لم يكن مأموراً بل يكون محرماً إذا كانت مفسدته أكثر من مصلحته واعتبار مقادير المصالح والمفاسد هو ميزان الشريعة " . ابن تيمية - مجموع الفتاوى - مرجع سابق جـ ٢٨ ص ١٢٩

الضرر الأخف ويترك النهي وهذا معني أن يختار أهون الشرين.

### ثانيا: السكوت عن الشهادة:

من صور السكوت المحرم شرعا أيضا سكوت — امتناع الشاهد أو تركه أو كتمان — عن شهادة واجبة عليه إذ إن السكوت في هذه الحالة يكون محرما بإثم به ويعاقب.

والشهادة في اصطلاح الفقهاء لها تعريفات كثيرة حسبنا منها ما يفسي ببيان المقصود من الشهادة دليلا لإثبات الحقوق، وهي بهذا المعني : " إخبار عدل حاكما بما علم ولو بأمر عام ليحكم بمقتضاه " (١).

---

== وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن نظام الحسبة الذي كان معروفا في صدر الدولة الإسلامية كلن يناط به أداء واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. فالحسبة ما هي إلا أمر بمعروف ظهر تركه ونهى عن منكر ظهر فعله. وهي من الولايات الإسلامية بل إن جميع الولايات الإسلامية كان مقصودها الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

وقد باشر الرسول - صلى الله عليه وسلم - دور للمحتسب وبأشره صحابته - رضوان الله عليهم - من بعده . وقد ظل لها نظام الحسبة قلما طوال عهد للنولة الإسلامية. وارتقى في عهد الفاطميين ثم تطورت النظم وارتقت وصار هناك سلطة عليا تمثل المجتمع وهي النيابة العامة وأصبح لها سلطة رفع دعاوى الحسبة. وفي مصر صدر القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم مباشرة دعوى الحسبة. راجع في كل ذلك : ابن القيم - الطرق الحكمية - مرجع سابق ص ١٨٤، الماوردي - الأحكام السلطانية - دار الكتب العلمية ببيروت - طبعة جديده بدون تاريخ ص ٢٩٩، الفزالي - إحياء علوم الدين - ج ٣ ص ٣٨٨، د/ محمد سلام منكور - الوجيز للمدخل للفقهاء الإسلامي - مرجع سابق ص ١١٦، د/ رمضان على السيد الشرنباصي - حماية المستهلك في الفقه الإسلامي - مطبعة الأمانة - الطبعة الأولى سنة ١٤٠٤ هـ ص ٧٧ وما بعدها، د/ نبيل إسماعيل عمر - الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية سنة ٢٠٠١ م ص ٢٦١ وما بعدها.

(١) هذا للتعريف هو تعريف المالكية انظر : السوقي - حاشية السوقي - مرجع سابق - ج ٤ ص ١٦٤ الدردير - الشرح الصغير - مرجع سابق ج ٤ ص ٣١، الصاوي - بلغة السالك - مرجع سابق ج ٢ ص ٣٤٨، وللشهادة تعريفات كثيرة أخرى تتفق من حيث مضمونها مع تعريف الملكية إلا أنها تختلف من ناحية الصياغة فقط وذلك لاختلاف الفقهاء في مدى اشتراط الفقهاء أن تؤدي الشهادة بلفظ خاص مثل: أشهد أو شهدت . وهو رأى الحنفية والشافعية. لذلك عرفها الحنفية بأنها " إخبار صدق لإثبات حق فسي مجلس القضاء " انظر / محمد علاء الدين أفندي - قرة عيون الأخيار - مرجع سابق ج ١ ص ٤٠، وعرفها الشافعية بأنها : " إخبار عن شئ بلفظ خاص " انظر : البجرمي - حاشية البجرمي على المنهج - شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي ولولاده - الطبعة الأخيرة سنة ١٩٥٠ ج ٤ ص ٣٧٤ الرملي - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - مرجع سابق ج ٧ ص ٢٩٢، وانظر في تعريف الشهادة أيضا د/ عبد الودود السريتي - الشهادة في الشريعة الإسلامية - شروط الشاهد - بحث مقارنة سنة ١٩٨٥ ص ٤٤، د/ كمال جودة أبو المعاطي - توثيق الدين بالكتابة والشهادة - مرجع سابق ص ٤٤، د/ إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم - الإثبات بالشهادة في الفقه الإسلامي - دراسة فقهية قانونية مقارنة ==

والشهادة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع. شرعها الله تعالى لإظهارها وبيانها للحقوق، وحفظاً وصيانة لها، وسمى النبي - صلى الله عليه وسلم - الشاهد شاهداً، لأنه بين عن الحاكم الحق من الباطل، كما سمي الشهود بيعة لوقوع البيان بقولهم، وإرتفاع الإشكال بشهادتهم، فهي بيعة لأنها تبين الحق وتظهره<sup>(١)</sup>.

كما شرعت الشهادة أيضاً منعاً للجاحد تحفظ للناس حقوقهم، ويعتمد القضاء عليها في إصدار أحكامهم، كما شرعت أيضاً رفقا بالعباد ودفعاً للحرص عنهم، إذ الحاجة ماسة إليها في مختلف الميادين في مجال العلاقات الاجتماعية، والمعاملات المالية وكذلك في مجال الاعتداءات الجنائية<sup>(٢)</sup>، وكذلك في الأمور العامة كروية هلال الشهر وما يترتب عليه من أمور كوجوب الصيام، والوقوف بعرفة، وتامام عدة، أو كفارة، أو تمام أجل الدين، ونحو ذلك<sup>(٣)</sup>.

ودليل هذه المشروعية من الكتاب : قوله عز وجل " واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء " <sup>(٤)</sup>. وقوله عز وجل : " وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله " <sup>(٥)</sup>، وقوله تعالى : "وأشهدوا إذا تباعتم " <sup>(٦)</sup> . وغير ذلك من الآيات الكريمة التي أمر الله تعالى فيها بالإشهاد، فلو لم تكن الشهادة حجة عند التنازع يحكم بمقتضاها لأحد المتنازعين لكان الأمر بها ضرباً من العبث وأحكام الشرع مصانة عن ذلك<sup>(٧)</sup>.

- 
- =رسالة دكتوراه قدمت إلى كلية الحقوق - جامعة القاهرة سنة ١٩٨٩ ص ١١ وما بعدها، د/ محمد رافت عثمان - القضاء في الفقه الإسلامي سنة ١٩٩٢ ص ١٦٦ وما بعدها، وتعريفات الفقهاء للشهادة تتفق مع معناها في اللغة وهي خير قاطع تقول أشهد بكذا أي أحلف. انظر في ذلك - الرازي - مختار الصحاح - مرجع سابق ص ٣٤٩ مادة شهد ، د/ وهبة الزحيلي - العقوبات الشرعية والأقضية والشهادات - كلية الدعوة الإسلامية - بدون تاريخ ج٤ ص ٢٧٢، فالشهادة مفرد شهادات مشتقة من المشاهدة لأن الشاهد يخبر عما شهده. انظر البهوتي - الروض المربع - مرجع سابق ج٢ ص ٤١٥.
- (١) النسوقي - حاشية النسوقي - مرجع سابق ج٤ ص ١٦٤، ابن فرحون - تبصرة الحكام - مرجع سابق ج١ ص ٢٠٩، الكاساني - بدائع الصنائع - دار الفكر - الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦ ج٦ ص ٤٢٨، الصاوي - بلغة السالك - مرجع سابق ج٢ ص ٣٤٧.
- (٢) د/ عبد الودود السريتي - الشهادة في الشريعة الإسلامية - مرجع سابق ص ٣٥، د/ أحمد فراج حسين أئمة الإثبات في الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٤١.
- (٣) الدررير - الشرح الصغير - مرجع سابق ج٤ ص ٣١، الصاوي - بلغة السالك - مرجع سابق ج٢ ص ٣٤٨.
- (٤) سورة البقرة ، آية [٢٨٢].
- (٥) سورة الطلاق ، آية [٢].
- (٦) سورة البقرة ، آية [٢٨٢].
- (٧) د/ عبد الودود السريتي - الشهادة في الشريعة الإسلامية - مرجع سابق - ص ٣٣.

وقد ورد في السنة النبوية أحاديث كثيرة تؤكد ما ورد في القرآن الكريم بشأن مشروعية الشهادة منها : ما أخرجه البخاري ومسلم عن الأشعث بن قيس قال : كان بطني وبين رجل خصومة في بئر ( أو في شئ ) فأختصمنا إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال : شاهدك أو يمينه فقلت له إذا يحلف ولا يبالى . فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - من حلف على يمين يقطع بها مالا وهو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان . فأنزل الله تصديق ذلك ثم اقترء هذه الآية : " إن الذين يشتركون به عهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا أولئك لا خلاق لهم في الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم " (١) . وما روى أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قضى باليمين مع الشاهد الواحد (٢) . فهذان الحديثان يدلان مع غيرهما على مشروعية الشهادة وحجتها في مجال الإثبات، لذلك فقد اجتمعت الأمة على أن الشهادة حجة مشروعة يعتمد عليها في بناء الأحكام . وفي الإخبار أمام الحاكم وغيره (٣) .

وما يعنينا في هذا المقام أنه متى كانت الشهادة واجبة فإن السكوت عنها يكون حراما، سواء أكان ذلك في مرحلة التحمل أم مرحلة الأداء، ذلك لأن للشهادة مرحلتين . الأولى: مرحلة التحمل، ويقصد بتحمل الشهادة أن يدعي الشخص ليشهد ويستحفظ الشهادة (٤) . وهذا يعنى علم الشاهد بالحادثة محل الشهادة عند حصولها وفهمه لها

(١) الحديث رواه البخاري ومسلم بروايات متعددة . انظر : ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق ج ٥ ص ٣٤٣ كتاب الشهادات ، مسلم - صحيح مسلم - مرجع سابق ج ١ ص ١٢٢-١٢٣ كتاب الأيمان الشوكاني - نيل الأوطار - مرجع سابق ج ٧ ص ٣٠٢ - ٣٠٣ ، الصنعاني - سبل السلام - مرجع سابق ج ٤ ص ١٤٨٦ ، والآية الكريم سورة آل عمران ، آية [٧٧] .

(٢) الترمذي - الجامع الصحيح - سنن الترمذي - مرجع سابق ج ٣ ص ٦١٨ ، كتاب الأحكام ، أبو داود - سنن أبي داود - مرجع سابق ج ٣ ص ٣٠٧ كتاب الأقضية . وقد وردت أحاديث كثيرة أخرى في إطار مشروعية الشهادة منها : قول النبي - صلى الله عليه وسلم - في خطبته " البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه " وفي رواية " البينة على المدعي واليمين على من أنكر " وما روى أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : الرجل " ترى الشمس؟ " قال : نعم . قال : على مثلها فأشهد أو دع " . انظر في ذلك : الترمذي - الجامع الصحيح - مرجع سابق ج ٣ ص ٦١٧ كتاب الأحكام - حديث رقم : ١٣٤١ الصنعاني - سبل السلام - مرجع سابق ج ٤ ص ١٤٨٤ باب الدعاوى والبيّنات ، ج ٤ ص ١٤٨١ الشهادة على ما استيقن وبالإفاضة باب الشهادات .

(٣) انظر د/ وهبة الزحيلي - العقوبات الشرعية والأقضية والشهادات - مرجع سابق ص ٢٧٤ ، د/ أحمد فراج حسين - أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي - ص ٤١ ، د/ عبد الودود السريتي - الشهادة في الشريعة الإسلامية - مرجع سابق ص ٣٤ ، د/ محمد رأفت عثمان - القضاء في الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ١٦٦ .

(٤) انظر : ابن فرحون - تبصرة الحكام - مرجع سابق ج ١ ص ٢٠٥ ، وقد عرف التحمل أيضا بأنه : " الإحاطة بما تتطلب الشهادة منه به فيه " . انظر : حاشية أحمد بن عبد الرازق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربى الرشيدى - مطبوع مع نهاية المحتاج للرملي - مرجع سابق ج ٧ ص ٣٢٠ .

وإحاطته بها على وجه صحيح يرتب عليه أثرها<sup>(١)</sup>. وهذا يصدق بالمشاهدة، أو السماع أو ما إلى ذلك من كل ما يؤدي إلى العلم اليقيني بالحادثة محل الشهادة مما يصلح أن يترتب على هذا العلم حقوق أو واجبات للغير أو عليه.

وأما المرحلة الثانية فهي مرحلة الأداء : أي أداء الشهادة وهو " أن يدعي الشخص ليشهد بما علمه واستحفظ إياه<sup>(٢)</sup> ". وتلك مرحلة إعلان الشهادة وإظهارها لأن الشاهد يشهد بما تحمله أمام القضاء أي يخبر عما شاهده، أو علمه بنفسه حيث يحكم بمقتضى تلك الشهادة<sup>(٣)</sup>.

والشهادة في مرحلتها — التحمل والأداء — فرض على الكفاية . يعني إذا قام بها البعض سقطت عن الباقيين . وإن تركها الكل يأتّم الجميع لضياح الحق . وهذا الواجب الكفائي يصير واجبا عينيا ، إذ تعين حيث لم يوجد إلا من يكفي للشهادة لتحملها ، فهنا تتعين الشهادة ، حيث يفتر إلى ذلك ويخشى تلف الحق أو فواته بعدم الشهادة . فإن كان الرجل في موضع ليس فيه من يحمل ذلك عنه تعين الفرض عليه خاصته<sup>(٤)</sup> . وفي هذا الصدد يقول ابن مودود الموصلي الحنفي : " من تعين لحمل الشهادة لا يسعه أن يمتنع إذا طُلب لما فيه من تضييع الحقوق ولا بأس بالتحرز عن التحمل " <sup>(٥)</sup> . وهذا يعني أن

---

(١) انظر : د/ رمضان على السيد الشرنباصي — السكوت ودلالته على الأحكام — مرجع سابق ص ١٣٢  
د/ أحمد فراج حسين — أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ٤٦ ، د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي — مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي — رسالة دكتوراه كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر القاهرة — دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية الطبعة الأولى سنة ٢٠٠١ م ص ١٨٨ .

(٢) ابن فرحون — تبصرة الحكام — مرجع سابق ج ١ ص ٢٠٦ ، د/ أحمد فراج حسين — أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ٤٨ .

(٣) د/ رمضان على السيد الشرنباصي — السكوت ودلالته على الأحكام — مرجع سابق ص ١٣٢ ، د/ جابر عبد الهادي سالم — مجلس العقد — مرجع سابق ص ١٨٨ .

(٤) ابن فرحون — تبصرة الحكام — مرجع سابق ج ١ ص ٢٠٥ ، ابن جزى — للقوانين الفقهية — المكتبة الثقافية — بيروت — بدون تاريخ ص ٢٠٥ ، البهوتي — الروض المربع — مرجع سابق ج ٢ ص ٤١٥ الماوردي — الحاوي الكبير في مذهب الإمام الشافعي — دار الكتب العلمية — بيروت الطبعة الأولى ج ١٧ ص ٥٠ ، النفراوي — الفوائد الدواني على رسالة القيرواني — شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي — الطبعة الثانية سنة ١٩٥٥ ج ٢ ص ٣٠٤ ، للبرجي — حاشية للبرجي — مرجع سابق ج ٢ ص ٢٨٧ ، الرملي — نهاية المحتاج — مرجع سابق ج ٧ ص ٣٢٠ ، د/ وهبة الزحيلي — العقوبات الشرعية والأفضية والشهادات — مرجع سابق ص ٢٧٤ .

(٥) ابن مودود الموصلي : الاختيار : ليل المختار — دار المعرفة للطباعة والنشر — بيروت — الطبعة الثانية سنة ١٩٧٥ المجلد الأول ج ٢ ص ١٣٩ .



تحمل الشهادة قد يصير واجبا عينيا على من تعينت عليه .

وكذلك تجب الشهادة في مرحلة أدائها وجوبا عينيا على من تحملها إذا تعين لذلك. كأن لا يوجد لموضوع الشهادة إلا شاهدان لأن الشهادة؛ لم يتحملها سواهما أو لأن غيرهما — ممن تحملها — قد مات، أو جن ، أو غاب ، أو لأن طالب الشهادة طلب منهما الأداء بأعينهما، فإن أداءها يكون واجبا عليهما لتعنيهما. أو إذا علم الشاهد أن الحادثة لم يشاهدها غيره فهنا تكون الشهادة واجبة متعينة عليه إحياء للحق وعليه أن يعلم صاحب الحق بشهادته<sup>(١)</sup>.

وعلى ذلك فإذا كان على الحق شهود فإن طلب من واحد منهم أو من اثنين أو لم يكن إلا هما أو واحد، والحق يثبت به ويمين فيكون فرض عين وإلا أفضى إلى ترك الواجب، متى كان في مقدوره أداء الشهادة بلا ضرر يلحقه في بدنه، أو عرضه، أو ماله ، أو أهله<sup>(٢)</sup>. فإذا كانت الشهادة واجبة عينا على من تعين لها تحملا وأداء فإن سكوته عليها يكون محرما شرعا.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن مفهوم الشهادة في القانون الوضعي وفقهه لا يخرج عنه في الفقه الإسلامي على نحو ما ذكرنا.

حيث يعتد بها في مجال الإثبات في المواد المدنية والتجارية وكذلك في مجال الإثبات الجنائي. وهي تعرف في مجال المواد المدنية والتجارية بأنها : " إخبار أمام القضاء بصدور واقعة من غير الشاهد تثبت حقا لشخص آخر"<sup>(٣)</sup>. وتعرف في مجال الإثبات الجنائي بأنها : " ما يدلى به الغير من أقوال في شأن واقعة منتجة في الدعوى".

---

(١) انظر : د/ أحمد فراج حسين — أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ٤٨-٤٩، د/ وهبة الزحيلي — العقوبات الشرعية والأقضية والشهادات — مرجع سابق ص ٢٧٤ وما بعدها.

(٢) القرطبي — الجامع لأحكام القرآن — مرجع سابق مجلد ٢ ج ٣ ص ٣٢٧، — البجرمي — حاشية البجرمي — مرجع سابق ج ٤ ص ٣٨٧، ابن جزى — القوانين الفقهية — مرجع سابق ص ٢٠٥ البهوتي — الروض المربع — مرجع سابق ج ٢ ص ٤١٥، الماوردي — الحاوي — مرجع سابق ج ١٧ ص ٥٠، الحجاوي المقدسي — الاقتناع — دار عالم الكتب الرياضي — الجزء الرابع ص ٣٩٠.

(٣) انظر: د/ عبد الرزاق السنهوري — الوسيط في شرح القانون المدني الجديد — دار النشر للجامعات المصرية سنة ١٩٥٦ ج ٢ نظرية الالتزام والإثبات هامش ص ٣١٢، د/ إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم — الإثبات بالشهادة في الفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ١٢.

أو " تقرير الشخص لما يكون قد سمعه أو رآه بنفسه أو أدركه على وجه العموم" (١).  
 فلا يختلف معنى الشهادة - دليلا للإثبات - في القانون الوضعي عما هو مقدر  
 في الفقه الإسلامي، كل ما هنالك أن القانون الوضعي لا يشترط أن تتم الشهادة بلفظ  
 معين مخصوص موافقا بذلك الراجح في الفقه الإسلامي. كما يلاحظ أن القانون  
 الوضعي لا يفرق بين حالتى تحمل الشهادة وأدائها على نحو ما هو معلوم فى الفقه  
 الإسلامى. - كما يلاحظ أن القانون الوضعي أيضا وبخاصة القانون الجنائي منه  
 يجرم كتمان الشهادة، بحيث يلزم بأداء الشهادة وإلا كان مخالفا لنصوص القانون.  
 ومن ثم يستوجب توقيع العقاب عليه مالم يكن ممنوعا من أداء الشهادة أو كان أداء  
 تلك الشهادة يتعارض مع التزامه بكتمان السر الملقى على عاتق الأمناء على الأسرار  
 إذا ما دعو للشهادة (٢).

فكان السكوت عن الشهادة الواجبة محرم شرعا ومجرم قانونا.

- كتمان العلم - يلحق بالسكوت أو الكتمان المحرم كذلك، كتمان العلم. ورد  
 التعبير عن ذلك فى القرآن الكريم فى قوله تعالى: " إن الذين يكتُمون ما أنزلنا من  
 البينات والهدى من بعد ما بيناه للناس فى الكتاب أولئك يلعنهم الله ويلعنهم  
 اللاعنون" (٣). فالكتمان، ترك إظهار الشئ مع الحاجة إليه، وحصول الداعى إلى  
 إظهاره لأنه متى لم يكن كذلك لا يعد كتماننا، ولما كان ما أنزله الله من البينات والهدى  
 من أشد ما يحتاج إليه فى الدين وصف من علمه ولم يظهره بالكتمان (٤). ولذلك، جاء  
 فى الحديث الشريف، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: " من سئل عن علم  
 ثم كتمه أجم يوم القيامة بلجام من نار" (٥).

(١) د/ إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم - الإثبات بالشهادة فى الفقه الإسلامى - مرجع سابق - ص ١٣  
 د/ عوض محمد عوض - المبادئ العامة فى قانون الإجراءات الجنائية - دار المطبوعات الجامعية -  
 إسكندرية سنة ١٩٩٩ ص ٦٧٥.

(٢) قد بين قانون الإجراءات الجنائية هذه الواجبات وحدد الجزاء المترتب على مخالفتها فى المواد من:  
 ٢٧٩ إلى ٢٩٠ ولمعرفة المزيد من التفاصيل فى ذلك. راجع على سبيل المثال: د/ أحمد فتحي سرور -  
 الوسيط فى قانون العقوبات - القسم الخاص - الطبعة الرابعة - سنة ١٩٩١ ص ٧٩٠، ٧٩١،  
 د/ عوض محمد عوض - المبادئ العامة فى قانون الإجراءات الجنائية - مرجع سابق - ص ٦٧٧ وما  
 بعدها.

(٣) سورة البقرة، آية [ ١٥٩ ].

(٤) الرازى - التفسير الكبير - دار البغ العربى سنة ١٩٩٢ ج ٤ ص ١٦٢.

(٥) الترمذى - سنن الترمذى - " الجامع الصحيح " - مرجع سابق - ج ٥ ص ٢٩، الطبرانى - المعجم  
 الأوسط - مرجع سابق - ج ٣ ص ١٥٣.

وجاء فى تفسير الآية الكريمة أيضا، أن الكتمان هنا بمعنى السكوت عن إبلاغ الحق الذى يعرفونه ، ويكتمون الأقوال التى تقرره ، وهم على يقين منها ويجتنبون آيات فى كتاب الله لا يبرزونها بل يسكتون عنها ويخفونها<sup>(١)</sup>.

وعكس الكتمان ، البيان والإظهار ، فالكتمان يمكن أن يكون بعدم الكلام، أو بالفعل كالحذف، والتأويل ، والتحريف. لذلك فالبيان يكون بالقول والإظهار بالفعل أيضا كالكتابة ، فالبيان عكس الكتمان بدليل قوله تعالى : " إلا الذين تابوا وأصلحوا وبينوا<sup>(٢)</sup> " أى بينوا ما كانوا يكتُمونه ، أو بينوا إصلاحهم، وجاهدوا بعملهم الصالح وإظهاره للناس<sup>(٣)</sup>.

وقد استدل العلماء من الآية الكريمة على عصيان كل من كتم الحق والعلم، وترك ما أوجب الله بيانه ، وهو الراجح ، لأن الاعتبار بعموم اللفظ لا بخصوص السبب فالعالم إذا قصد الكتمان عصى ، وإن لم يقصده لم يلزمه التبليغ إذا عرف أن معه غيره<sup>(٤)</sup>.

---

(١) انظر: سيد قطب - فى ظلال القرآن - دار الشروق سنة ١٩٨٥ - المجلد الأول ص ١٥٠، وورد فى سبب نزول الآية الكريمة: أنها نزلت فى شأن أهل الكتاب الذين كانوا يكتُمون - أى ينكرون - البشارة - بنبينا محمد - صلى الله عليه وسلم - وينكرون إخبار أنبيائهم عنه فهم يكتُمون الحق بعد ما بينه الله لهم فى الكتاب، ومنه أيضا، قوله تعالى: " وإذا أخذ الله ميثاق الذين أوتوا الكتاب لتبيننه للناس ولا تكتمونه " آل عمران/ ٨٧ ، راجع الطبرى - جامع البيان فى تفسير القرآن - المطبعة الأميرية الكبرى - الطبعة الأولى سنة ١٣٢٣ هـ - ج ١ ص ٣٢ ، ابن العربى - أحكام القرآن - مطبعة المساعدة - الطبعة الأولى سنة ١٣٣١ هـ - ج ١ ص ٢١ ، البضاوى - أنوار التنزيل وأسرار التأويل - شركة مكتبة مصطفى البابى الحلبي - الطبعة الثانية سنة ١٩٦٨م ج ١ ص ٩٢ ، الجصاص - أحكام القرآن - المطبعة البهية المصرية سنة ١٣٤٧ هـ - ج ١ ص ١١٥ باب النهى عن كتمان العلم.

(٢) سورة البقرة، آية [١٦٠] .

(٣) محمد رشيد رضا - تفسير القرآن الحكيم - مطبعة المنار - الطبعة الثانية - بنون تاريخ ج ٢ ص ٤٩.

(٤) ابن العربى - أحكام القرآن - مرجع سابق - ج ١ ص ٢١ ، الجصاص - أحكام القرآن - مرجع سابق ج ١ ص ١١٥ ، باب النهى عن كتمان العلم، الشوكانى - فتح القدير - دار المعارف بيروت بنون تاريخ ج ١ ص ١٦١ ، القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - مرجع سابق - المجلد الأول - ص ١٧٣ .

فقد تضافرت الأدلة فى القرآن الكريم مع الآية المذكورة فى المتن على النهى عن كتمان العلم، والحق وكل ما أوجب الله بيانه فى ذلك: قوله تعالى: " إن الذين يكتُمون ما أنزل الله من الكتاب ويشترُونَ به ثمنا قليلا أولئك ما يأكلون فى بطونهم إلا النار... البقرة/ ١٧٤ ، وقوله تعالى : " وإذا أخذ الله ميثاق الذين أوتوا الكتاب لتبيننه للناس ولا تكتمونه " آل عمران / ١٨٧ . هذه الآى كلها موجبة لإظهار علوم الدين وتبيينه للناس زاجرة عن كتمانها، ومن حيث دلت على لزوم بيان المنصوص عليه فهى موجبة أيضا لبيان المدلول عليه منه وترك كتمانها.. وذلك يشتمل على سائر أحكام الله

==

### ثالثاً: السكوت الذي يعد تدليسا :

من صور السكوت المحرم شرعا أيضا، السكوت الذي يعده الفقهاء تدليسا وذلك يكون بكتُم عيب<sup>(١)</sup> في السلعة أو محل التعاقد عموما بالنسبة للعقود التي يؤثر فيها وجود العيب، وبعبارة أخرى، العقود التي يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف مثل عقود المعاوضات<sup>(٢)</sup>، التي يأخذ فيها كلا المتعاقدين مقابلا لما يعطى، فحيث يوجد بالسلعة محل التعاقد عيب غير ظاهر يتعمد عدم إظهاره وتبينه للمتعاقد الآخر، بل يتعمد إخفاؤه والفرض أنه عيب مؤثر ينقص به الثمن، أو المقابل عامة، ففي هذه الحالة يكون تدليسا.

والتدليس لغة: الخيانة، والخديعة، والإخفاء، وقيل: هو من الدلسة بمعنى الظلمة وهو يفيد عدم الإظهار والتبيين عن عمد، وهو في البيع بمعنى كتمان عيب السلعة عن المشتري ولا يختص به البائع<sup>(٣)</sup>، والمئلس، هو العالم بالعيب وكتمه حين البيع<sup>(٤)</sup>. وقد عرف الفقهاء التدليس بتعريفات كثيرة لا تخرج في مجملها عن معناه اللغوي وهو ستر العيب وكتمانها.

فقد عرفه البعض بأنه : " أن يفعل البائع في المبيع فعلا يظن به المشتري كمالا، وليس كذلك"<sup>(٥)</sup>.

---

-- فلا فرق في ذلك بين ما علم من جهة النص أو الدليل عموما. راجع في ذلك تفصيلا: الجصاص - أحكام القرآن - مرجع سابق جـ ١ ص ١١٦.

(١) والعيب هو ما ينقص القيمة عند التجار - قاضيان - الفتاوى الخفية - مطبوع بهامش الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة للنعمان - المكتبة الإسلامية - تركيا - للطبعة الثالثة سنة ١٩٧٣ جـ ٢ ص ١٩٤.

(٢) انظر: ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد - دار إحياء التراث العربي - بيروت للطبعة الأولى سنة ١٩٩٢ - الجزء الثاني ص ٢٢١.

(٣) الرازي - مختار الصحاح - مرجع سابق - ص ٢٠٩ - مادة ( د ل س ) ، ابن منظور - لسان العرب - مرجع سابق - جـ ٧ ص ٣٨٩. فصل الدال حرف السين، المعلم بطرس - البستاني - قطر المحيط - مكتبة لبنان - بيروت - بدون تاريخ جـ ١ ص ٦٤٩، الفيومي - المصباح المنير - مرجع سابق جـ ١ ص ٢٧٠، ومنه التدليس في الإسناد في الحديث وهو أن يروي عن لقيه، ولم يسمعه منه موها أنه سمعه منه، أو عن عاصره ولم يلقه موها أنه لقيه أو سمعه منه فيسميه أو يكتبه، وبصفة بما لم يعرف به كى لا يعرف - انظر الجرجاني - التعريفات - مرجع سابق ص ٧٧.

(٤) الدسوقي - حاشية الدسوقي - مرجع سابق - جـ ٣ ص ١٢٨.

(٥) الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - مرجع سابق - جـ ٣ ص ١١٥، القرافي - الذخيرة دار الغرب الإسلامي - الطبعة الأولى سنة ١٩٩٤ جـ ٥ ص ٦٢.

ولكن هذا التعريف غير جامع لكل أنواع التدليس وإنما يقصد به التدليس الفعل فقط، كما يقصر وقوع التدليس على عقد البيع فقط وهو ليس كذلك، لأن التدليس لا يقتصر على عقد البيع فقط، بل يمكن أن يتصور في جميع عقود المعاوضات.

لذلك عرفه البعض بأنه : " معنى نلس العيب أى كتمه عن المشتري مع علمه به أو غطاء عنه بما يوهم المشتري عدمه". وهو مشتق من الدلسة وهى الظلمة فكأن البائع يستر العيب، وكتمه جعله فى ظلمة مخفى عن المشتري فلم يره ولم يعلم به. سواء فى هذا ما علم به فكتمه، وما ستره فكلاهما تدليس<sup>(١)</sup>.

وعرفه بعض الفقهاء المعاصرين بأنه : " استخدام وسائل احتيالية لإخفاء عيب المعقود عليه وإظهاره بصورة ليس عليها لتضليل المتعاقد وحمله على التعاقد"<sup>(٢)</sup>.

وعرفه البعض بأنه : " استعمال حيلة وخدعة مع أحد المتعاقدين ليُقْم على التعاقد ظنا أنه فى مصلحته والواقع خلاف ذلك"<sup>(٣)</sup>.

وغير ذلك من التعريفات التى تبين أن التدليس يتم بإغراء العاقد وخديعته باستعمال طرق احتيالية بفعل، أو بقول ، أو حتى بالسكوت والكتمان، سواء أكانت هذه الخديعة من قبل المتعاقد ذاته أم ممن يعاونه أم يعمل لحسابه كما يحدث من السماسرة الذين يرغبون الناس فى السلع بمثل هذه الخدع والطرق الاحتيالية بحيث يقصد من ذلك حمل المتعاقد الآخر على قبول العقد ظانا أنه يحقق مصلحته ولكن الحقيقة والواقع غير

---

(١) انظر بن قدامة - للمغنى - دار الغد العربى - طبعة جديدة - بدون تاريخ - ج٤، ص٤٦٦.

(٢) انظر: د/ عبد الحميد محمود البعلى - ضوابط العقود - دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى وموازنة بالقانون الوضعى وفقهه - مكتبة وهبة الطبعة الأولى سنة ١٩٨٩ ص٢٦٨، د/ لاشين محمد يونس الغياتى - الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق ص٧٧، د/ عبد الحليم عبد اللطيف القونى - حسن النية وأثره فى التصرفات - مرجع سابق ص٣٥٢، د/ محمود عبد الرحيم الديب - الوجيز فى مصادر الالتزام - مرجع سابق - ص٧٨.

(٣) د/ محمد مصطفى شلبى - نظام المعاملات فى الفقه الإسلامى - مرجع سابق - ص٣٨٦، وقريب منه د/ على الخفيف - أحكام المعاملات الشرعية - دار الفكر العربى - الطبعة الثالثة - بدون تاريخ ص٣٢٧، د/ على أحمد مرعى - بحوث فى البيع دراسة فقهية مقارنة - الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦ الجزء الأول ص٤١، د/ مصطفى أحمد الزرقاء - الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد - مرجع سابق ج١ - ص٣٧٩. د/ رمضان على السيد الشرنباوى - حماية المستهلك فى الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص٩٨، د/ محمد سراج - نظرية العقد فى الفقه الإسلامى - دراسة فقهية مقارنة بدون إشارة إلى الناشر بدون تاريخ ص٩٠.

ذلك<sup>(١)</sup>، وبالنظر في مراد الفقهاء المسلمين من التدليس نجد أن الفقه الإسلامي في تقرير نظرية التدليس قد وصل إلى مدى بعيد لا يقل عن المدى الذي وصل إليه الفقه الغربي فهو يعرف التدليس باستعمال طرق احتيالية، ويعرفه عن طريق الكذب، بل يعرفه عن طريق محض الكتمان، ثم هو كالفقه الغربي يعتد بالتدليس الصادر من الغير<sup>(٢)</sup>.

ولا يختلف تعريف التدليس في القانون الوضعي عنه في الفقه الإسلامي، والذي ذكرناه آنفاً، ليس في القانون المصري فحسب بل معظم قوانين الدول العربية حيث عرفته المادة (١٨٥) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي بأنه : "التغريب هو أن يخدع أحد المتعاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها" وقد اعتمد واضعوا القانون الإماراتي في هذه المادة على المادة (١٦٤) من المجلة وشرحها لعل حيدر التي عرفته بأنها "توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية"<sup>(٣)</sup>.

وبعد ، فهذا هو المقصود بالتدليس في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي ونلاحظ أن بعض الفقهاء يطلقون عليه "التغريب" "فالتدليس" والتغريب في الفقه بمعنى واحد<sup>(٤)</sup>.

- 
- (١) د/ مصطفى أحمد الزرقاء - الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد - مرجع سابق - ج ١ ص ٣٧٩.
- (٢) انظر: د/ محمد سراج - نظرية العقد في الفقه الإسلامي - مرجع سبق ص ٩٠.
- (٣) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني مطبعة دار الكتاب العربي - الجزء الثاني الانترنات مصادر الالتزام ص ١٧١، د/ علي حيدر - درر الحكام شرح مجلة الاحكام - تعريب المحامي فهمي الحسيني منشورات مكتبة النهضة - بيروت - الكتاب الأول "الببوع ص ١١٢ ملدة ١٦٤"
- انظر قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بالقانون الاتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ والذي بدأ العمل به ابتداء من مارس سنة ١٩٨٦ في الباب التمهيدي أحكام عامة ص ١٤٧، د/ مصطفى محمد الجمال - القانون المدني في ثوبه الإسلامي - مصادر الالتزام - شرح مفصل لأحكام التقنيات العربية المتحدة من الفقه الغربي والمستمدة من الفقه الإسلامي وتطبيقاتها القضائية - الفتح للطباعة والنشر - الإسكندرية - الطبعة الأولى بدون تاريخ ص ٢٣٥.
- (٤) انظر: الدردير - الشرح الصغير - مرجع سابق ج ٣ ص ٦٢، د/ علي الخفيف - أحكام المعاملات الشرعية - مرجع سابق ص ٣٢٧، د/ أحمد فراج حسين الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية - مؤسسة للثقافة الجامعية بالإسكندرية - الطبعة الأولى ص ٣٢٧، د/ محمد سراج - نظرية العقد في الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٩٠ وما بعدها، د/ رمضان علي السيد الشرنباصي - حماية المستهلك في الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٩٨ وما بعدها، د/ عبد الحليم عبد اللطيف لقوني - حسن النية وأثره في التصرفات - مرجع سابق ص ٣٥٢.

## أنواعه ومدى تحققه بالسكوت:

وأما عن أنواع التدليس: فإنه يتضح من خلال التعرف على المقصود من التدليس في اصطلاح الفقهاء، أن التدليس قد يكون بالفعل، ويسمى التدليس أو التغرير الفعلى<sup>(١)</sup> وقد يكون بالقول، ويسمى بالتدليس أو التغرير "القولى"<sup>(٢)</sup>.

كما يكون التدليس بالسكوت والكتمان، وهو ما يعنينا في هذا المقام، ويتحقق ذلك بأن يعلم المدلس عيبا ويكتمه ولا يظهره للطرف الآخر، بحيث لو علم به لما أقدم على العقد<sup>(٣)</sup>.

فمن الممكن إذا أن يقع التدليس بمجرد السكوت، أى كتمان أمر يجب الإفصاح عنه عمدا، وبخاصة في ضروب المعاملات التى يتعين فيها الإفصاح عن العيوب الخفية فى محل التعاقد - فى أحد العوضين - كأن يكتم البائع عيبا فى المبيع، أو يكتم المشتري عيبا فى الثمن.

(١) التدليس الفعلى هو: أن يفعل البائع فعلا فى المبيع يظن به كمالا وليس كذلك، أى أن يقوم أحد المتعاقدين بعمل شئ قاصدا تضليل المتعاقد الآخر فى حقيقة الصفقة المزمع عقدها أو يريد بذلك أن يزيد ثمن المبيع ومثاله: تغليف المنتجات غير الجيدة تغليفا حسنا ووضع علامات الجودة التى توهم المشتري أنها رفيعة القدر، أو حبس اللين فى ضرع المائبة حتى تبدو كثيرة اللين أو صبغ ثوب قديم ليظن أنه جديد، أو التلاعب بعدد الميارة لتظهر بأنها قليلة الاستعمال. انظر فى ذلك على سبيل المثال الدسوقي - حاشية الدسوقي - مرجع سابق جـ ٣ ص ١١٥ - ١١٦. ابن قدامة - المغنى على المشرح للكبير - مرجع سابق جـ ٤ ص ٤٦٦ البهوتى - الروض المربع - مرجع سابق جـ ٢ ص ١٩٦، القرافى - الذخيرة - مرجع سابق جـ ٥ ص ٦٢، د/ على أحمد مرعى - بحوث فى البيع - مرجع سابق - ص ٤٢، د/ أحمد فراج حسين - الملكية ونظرية العقد - مرجع سابق ص ٣٢٨، د/ رمضان الشرنباصى - حماية المستهلك - مرجع سابق ص ٩٨، د/ عبد الحليم القونى - حسن النية وأثره فى التصرفات - مرجع سابق ص ٣٥٣.

(٢) التغرير أو التدليس القولى يقصد به: "للكتب الصادر من أحد المتعاقدين لحمل الطرف الآخر على التعاقد". وذلك بأن يكذب فيما يتعلق بمحل التعاقد أو فى المقابل، ومثاله: "الإدلاء ببيانات غير صحيحة فى وصف الشئ الذى هو محل التعاقد، ومن أهم صور التغرير القولى المعروفة فى الفقه الإسلامى " للكتب فيما يطلق عليه ببيع الأمانات، وهى للمرابحة والتولية، للوضعية إذ إنها تقوم على تحديد ثمن البيع اعتمادا على تحديد البائع للثمن الذى كان قد اشتراها به، وفى بيع المرابحة يجرى الاتفاق على إضافة نسبة من الثمن أو مقدار من المال زيادة على ثمنها الذى ذكره البائع، وفى التولية يجرى الاتفاق على أخذ السلعة بالثمن الذى اشترى به البائع، أما فى الوضعية فيجرى الاتفاق على ثمن أقل من الثمن الذى اشترى به البائع. انظر فى ذلك: الدسوقي - حاشية الدسوقي - مرجع سابق جـ ٣ ص ١١٥، ابن قدامة - المغنى - مرجع سابق جـ ٤ ص ٤٦٦، د/ محمد أحمد سراج - نظرية العقد فى الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ٩٢، د/ مصطفى محمد الجمال - القانون المبنى فى توبه الإسلامى - مصادر الالتزام - مرجع سابق ص ٢٣٦، د/ على محى الدين القره داغى - مبدأ الرضا فى العقود - مرجع سابق ص ٧٥١.

(٣) د/ مصطفى أحمد الزرقاء - الفقه الإسلامى فى توبه الجند - مرجع سابق - جـ ١ ص ٣٨٣.

فإذا كتم البائع عيبا يعلمه وهو يعلم أن المشتري ما كان ليشتري هذه السلعة لو أفصح له عن هذا العيب، فإن كتمان هذا العيب والسكوت عن بيانه عمدا يعد تدليسا ضابطه التغاضي عمدا عن ذكر عيب في الشيء معروف لديه<sup>(١)</sup>.

فحديث يوجد التزام أو واجب بالإفصاح والبيان، فإن السكوت عنه عمدا - مع العلم به - يحقق التدليس ، وبعبارة أخرى، فإن مجرد السكوت وكتمان أمر من الأمور كاف لتحقيق التدليس في الفقه الإسلامي متى كان إظهار الأمر المكتوم واجبا شرعا<sup>(٢)</sup>.

هذا الواجب بالإفصاح والتبيين يجد مصدره في مواطن كثيرة من مصادر التشريع الإسلامي، التي تأمر بأداء الأمانات إلى أصحابها والوفاء بالعهود والعقود والصدق في البيع والشراء، وفي المعاملات كافة ، وبخاصة في العقود التي تعتمد أساسا على الأمانة والصدق في القول.

من هذه النصوص مثلا: ما روى أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : " إذا باع أحدكم سلعة فلا يكتُم عيبا إن كان بها " <sup>(٣)</sup>.

وما روى أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : " التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء " <sup>(٤)</sup>.

وما روى عن العداء بن خالد قال : كتب لى النبي - صلى الله عليه وسلم - " هذا ما اشتري محمد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - من العداء بن خالد بيع المسلم من

---

(١) الحجاوى - الإقناع - مرجع سابق - ج٢ - ص٢٠٩، انظر الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - مرجع سابق ج٣ - ص١٢٨ ، ابن قدامة - للمعنى - مرجع سابق ج٤ - ص٤٦٦، د/ أحمد فراج حسين - الملكية ونظرية العقد - مرجع سابق ص٣٢٨، د/ محمد سراج - نظرية العقد في الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص٩٣، د/ مصطفى الجمال - القانون المدني في ثوبه الإسلامي - مصادر الالتزام - مرجع سابق ص٢٣٧، د/ على محي الدين القرة داغى - مبدأ الرضا في العقود - مرجع سابق - ص٧٥١، د/ عبد الحليم القونى - حسن النية وأثره في التصرفات - مرجع سابق ص٣٥٣، د/ عبد الحميد البعلى - ضوابط العقود - مرجع سابق ص٢٧٠، د/ نوال محمد الشاكر - التفريق بين الزوجين للعيوب - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - جامعة الإسكندرية سنة ٢٠٠١ ص٦٩. /يوسف محمد عبد الغفار عيسى - التدليس في عقد الزواج والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي - رسالة ماجستير - جامعة الأزهر - كلية الشريعة والقانون بالقاهرة سنة ١٩٩٧ ص٢٩.

(٢) انظر : يوسف محمد عبد الغفار عيسى - التدليس في عقد الزواج والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص٢٩.

(٣) الطبرائى - المعجم الأوسط - تحقيق محمود الطحان - مكتبة المعارف بالرياض - الطبعة الأولى سنة ١٩٨٥م ج١ - ص١٧٣.

(٤) الترمذى - الجامع الصحيح - سنن الترمذى - مرجع سابق ج٧ - ص٥٠٦.



المسلم ، لا داء ولا خبيثه ، ولا غلظة<sup>(١)</sup>.

فهذه بعض النصوص التي تؤكد واجب الإفصاح والإظهار والتبيين عما قد يوجد من عيوب غير ظاهرة في محل التعاقد. هذا بالنسبة للعقود عامة. فضلا عن أن هناك من البيوع ما تفرض طبيعتها هذا الواجب بالتبيين ، ذلك لأن طبيعة هذه العقود تستوجب درجة عالية من الأمانة والثقة بين المتعاقدين، مثل: المراجعة ، والتولية والوضيعة. حيث يتم تحديد الثمن على أساس ما ذكره البائع أنه الثمن الذي اشترى به<sup>(٢)</sup>. ففي كل حالة يتوجه فيها الالتزام على المتعاقدين بالتبيين والإفصاح والإظهار يكون السكوت عن ذلك تدليسا.

وعلى ذلك ، فإن التدليس حرام شرعا. على أى صورة كان. سواء أكان بالفعل أم بالقول، أم بالسكوت، استنادا إلى ما ذكرنا من أدلة توجب بيان العيوب وإظهارها وعدم كتمها. وهو ما يعنى تحريم التدليس<sup>(٣)</sup>.

---

(١) ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق جـ ٤ ص ٣٧٩.

قال قتادة: "الغلظة" الزنا والسرقة والإباق. والخبيثة "الأخلاق الخبيثة ، وقيل للريبة. وقوله " لا داء " أى لا عيب ، والمراد به الباطن سواء أظهر منه شئ أم لا ، وقيل " لا داء " أى يكتمه البائع ، وإلا فلو كان يعبد " داء " وبينه البائع لكان من بيع المسلم للمسلم.

(٢) سبق أن بينا معنى هذه البيوع فى موضع سابق. انظر: هامش ص فى أنواع التدليس ومدى تحققه بالسكوت.

(٣) بالإضافة إلى ما ذكرنا من أحاديث توجب بيان العيوب وإظهارها وتحريم كتمها فإنه يستدل على تحريم التدليس بقوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضى منكم " النساء ٢٩ فالأية الكريمة تنهى عن أكل الأموال بالباطل، ومن قبيل الباطل الخداع، والتدليس بكتمان العيب من باب الخداع والباطل المنهى عنه. كما أن التدليس فى المبيع يجعل رضا المشتري رضا غير حقيقى بالنسبة للسعة وما دفعه فيها من ثمن ولذا كان النهى عن التدليس. انظر: للقرطبي الجامع لأحكام القرآن - مرجع سابق المجلد الأول جـ ٢ ص ٣١٥، وفى هذا المعنى د/ على مرعى بحوث فى البيع - مرجع سابق - ص ٤٤، وهناك أحاديث كثيرة أيضا تدل على تحريم التدليس منها ما روى عن عتبة بن عامر رضى الله عنه أنه قال سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: " المسلم أخو المسلم، ولا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا فيه عيب إلا بينه له ". انظر: ابن ماجه - سنن ابن ماجه - تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي - مكتبة عيسى البابى الحلبي وشركاه - بدون تاريخ جـ ٢ ص ٧٥٥ كتاب التجارات - باب من باع عيبا فليبينه ، ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق جـ ٤ ص ٣٧٩ وما رواه أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - " مر على صبرة طعام فلأخذل يده فيها فأثالت أصابعه بللا ". فقال: " ما هذا يا صاحب الطعام ؟ " قال أصابته السماء يا رسول الله قال: " أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس؟ من غشنا فليس منا ". أخرجه مسلم فى صحيحه كتاب الإيمان جـ ١ ص ٩٩، والترمذى - الجامع الصحيح جـ ٣ ص ٥٩٧. كتاب البيوع، وأخرجه ابن ماجه فى سننه برواية أخرى عن أبى هريرة أيضا جاء فيها أنه قال مر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - برجل==

وفى ذلك يقول ابن جزى : " كتمان العيوب غش محرم بإجماع <sup>(١)</sup> . فيجب على المتعاقد أن يظهر عيوب سلعته خفيها وجليها ولا يكتم منها شيئا إذ إن ذلك واجب وكتمانها ظلم وغش وهو حرام <sup>(٢)</sup> .

موقف القانون الوضعي من التدليس بالسكوت: هل يعتد القانون الوضعي بوقوع التدليس بمجرد السكوت والكتمان؟

بالنظر إلى القانون الوضعي نجد كالفقه الإسلامى يعتد بوقوع التدليس بمجرد السكوت والكتمان.

فقد نص القانون المدنى المصرى فى المادة (١٢٥) منه فى فقرتها الثانية على أن "ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان

---

= يبيع طعاما فأدخل يده فيه. فإذا هو مغشوش. فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - " ليس منا من غش " وفى رواية أخرى : " لعلك غششت من غشنا فليس منا " راجع: ابن ماجه - سنن ابن ماجه مرجع سابق جـ ٢ ص ٧٤٩، كتاب التجارات، فالنصوص الشرعية من القرآن والسنة متضافرة على تحريم التدليس لما فيه من غش وخديعة وخيانة. أيا كان نوعه أو كانت صورته.

(١) ابن جزى - القوانين الفقهية - مرجع سابق ص ١٧٥.

(٢) الإمام الغزالى - إحياء علوم الدين - مرجع سابق جـ ٣ ص ٩٩، وينظر فى تحريم التدليس كذلك: ابن قدامة - المغنى - مرجع سابق - جـ ٤ ص ٤٦٦، الصنعانى - سبل السلام - مرجع سابق جـ ٣ ص ١١٠٩، ابن القيم - زاد المعاد - مرجع سابق جـ ٤ ص ٣٢، أبيهوتى - شرح منتهى الإرادات مرجع سابق جـ ٢ ص ١٧٤، الحجاوى - الإقناع - مرجع سابق - جـ ٢ ص ٢٠٩، د/ محمد يوسف موسى - الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى - مرجع سابق - ص ٤٠٣، د/ مصطفى أحمد الزرقاء - الفقه الإسلامى فى نوبة الجديد - مرجع سابق جـ ١ ص ٣٨٣، د/ على مرعى - بحوث فى البيع - مرجع سابق - ص ٤٣، د/ محمد سراج - نظرية العقد فى الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ٩٣ د/ عبد الحليم القونى - حسن النية وأثره فى التصرفات - مرجع سابق ص ٣٥١.

هذا عن حكم التدليس بمعنى وصفه الشرعى، وقد علمنا أن التدليس حرام. وأما عن حكمه بمعنى أثره المترتب عليه من حيث مدى ثبوت حق الخيار للمدلس عليه فيراجع بشأنه على سبيل المثال: الدسوقي حاشية الدسوقي - مرجع سابق جـ ٣ ص ١١٣ وما بعدها، الكاسانى - بدائع الصنئع - مرجع سابق جـ ٥ ص ٢٤٣ وما بعدها، ابن قدامة - المغنى - مرجع سابق جـ ٤ ص ٤٦٦ وما بعدها، ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد - مرجع سابق جـ ٢ ص ٢٢١ وما بعدها، البهوتى - الرض المربع - مرجع سابق جـ ٢ ص ١٩٦ وما بعدها، البهوتى أيضا - شرح منتهى الإرادات - مرجع سابق جـ ٢ ص ١٦٨ وما بعدها، الحجاوى - الإقناع - مرجع سابق جـ ٢ ص ٢٠٩ وما بعدها، د/ مصطفى أحمد الزرقاء - الفقه الإسلامى فى نوبة الجديد - مرجع سابق - جـ ١ ص ٣٨٣ وما بعدها، د/ رمضان على السيد الشرنباوى - حماية المستهلك فى الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ٩٨ وما بعدها، د/ عبد الحميد البعلى - ضوابط العقود - مرجع سابق ص ٢٧٠، د/ عبد الحليم القونى - حسن النية وأثره فى التصرفات - مرجع سابق ص ٣٥٠ وما بعدها.

ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابس<sup>(١)</sup>.

ويقابل هذه المادة فى قانون المعاملات المدنية الإماراتى المادة (١٨٦) حيث تنص على أنه " يعتبر السكوت عمدا عن واقعة أو ملابس تغريرا إذا ثبت أن من غرر به ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابس"<sup>(٢)</sup>.

وهكذا ، يتضح أن القانون الوضعى يعد مجرد السكوت محققا للتدليس. وذلك إذا تم السكوت عمدا عن واقعة أو ملابس بشرط أن يثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابس محل السكوت، كمن باع محلا لآخر وكنم عن مشتريه صدور حكم بإغلاقه قبل البيع، أما الامتناع عمدا عن الإفشاء ببيان لا يقتضى العقد بيانه، فإنه لا يعد تدليسا . إذ لو كان ذلك التزاما على المتعاقد لكان فيه حرج شديد<sup>(٣)</sup>.

فالقانون الوضعى يعتد بتحقيق التدليس بمجرد كتمان أمر يجب الإفصاح عنه عمدا. هذا الواجب قد يجد مصدره فى نص القانون كما هو الحال فى عقد التأمين، حيث يجب على المؤمن له أن يقدم للمؤمن جميع البيانات اللازمة لتقدير الخطر المؤمن منه. وقد يجد مصدره فى طبيعة العقد، وذلك بالنسبة للعقود التى تستوجب درجة عالية من الثقة بين طرفيها مما يفرض على كل منهما الإفشاء للآخر بكل ما لديه من معلومات تتعلق بالعقد، كما هو الحال فى عقد الشركة، وعقد الوكالة ، وقد يستخلص القاضى — هذا الواجب — من ظروف التعاقد ومن هذه الظروف ما يتمتع به المتعاقد فى مهنته من تخصص وسمعة عالية يركن إليهما المتعاقد معه. ومنها ألا يكون أمام المتعاقد سبيل آخر للعلم بالأمر الذى كنم عنه كالعيب الخفى<sup>(٤)</sup>.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المبنى المصرى — مرجع سابق — ج٢ لالتزامات ص ١٧١.

(٢) قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة — مرجع سابق ص ١٤٧.

(٣) انظر د/ إسماعيل غانم — فى النظرية العامة للالتزام — الجزء الأول — مصادر الالتزام — مكتبة عبد الله وهبة سنة ١٩٦٨ ، ص ٢٠٨، د/ جميل الشرقلوى — النظرية العامة للالتزامات — للكتاب الأول مصادر الالتزام — دار النهضة العربية سنة ١٩٧٦ ص ٢٣٢، د/ محمود الديب — الوجيز فى مصادر الالتزام — مرجع سابق ص ٨١.

(٤) د/ إسماعيل غانم — فى النظرية العامة للالتزام — مرجع سابق — ص ٢٠٨، انظر د/ مصطفى محمد الجمال — القانون المبنى فى توبه الإسلامى — مصادر الالتزام — مرجع سابق ص ٢٣٧، د/ محمد لبيب شنب — دروس فى النظرية العامة للالتزام الجزء الأول — مصادر الالتزام مكتبة عبد الله وهبة سنة ١٩٧٧ ص ١٥٩ وما بعدها، د/ جميل الشرقلوى — النظرية العامة للالتزام — مرجع سابق ص ١٣٢.

وهكذا ، فإنه إذا كان الأصل في السكوت عدم عده تدليسا إلا أن هناك أحوالا يكون فيها أمر من الأمور واجب البيان فيلتزم المتعاقد الذي يعلم هذا الأمر بالإفشاء به، وإلا عد سكوته وكتمانته تدليسا ، على نحو ما ذكرنا آنفا<sup>(١)</sup>.

وإذا انتهينا إلى أن القانون الوضعي يعتد بتحقيق التدليس بمجرد السكوت والكتمان فما هو حكم هذا التدليس في القانون الوضعي؟ إذا كان وقوع التدليس يترتب عليه - في الفقه الإسلامي - الإثم والعقاب في الآخرة - لأنه محرم شرعا - على المدلس فضلا عن ترتيب أثره بين المتعاقدين، من حيث ثبوت الخيار للمدلس عليه من عدمه اتساقا مع منهج الشريعة الإسلامية في تقريرها للجزاء الأخرى والديوى على مخالفة الحكم الواحد، فإن القانون الوضعي بطبيعته لم يهتم بترتيب جزاء أخرى على وقوع التدليس إذ إنه لا يعنى بأمور الآخرة في تقريره للأحكام<sup>(٢)</sup>.

---

(١) انظر: د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام - دار النهضة العربية - الطبعة الثانية سنة ١٩٦٤ ص ٣٤٢، د/ عبد الحى حجازى النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - مكتبة عبد الله وهبة - بدون تاريخ - ص ٣٠٦، د/ نبيل إبراهيم سعد - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - الجزء الأول - منشأة المعارف الإسكندرية سنة ٢٠٠١ ص ١٧٥، د/ عمر السيد مؤمن - التغير والعيب والغبن كعيبين في الرضا في قانون المعاملات المدنية الإماراتى - دراسة مقارنة بالقانون المدني المصرى والفقه الإسلامى - دار النهضة العربية سنة ١٩٩٧ ص ٤١.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أنه : " إذا كان التدليس في نطاق العقد يمكن حدوثه بمجرد السكوت والكتمان من جانب المتعاقد الآخر، إلا أن هذا لا يحدث في مجال التصرف الأفرادى مثل الوعد بجلنزة أو الجعالة في الفقه الإسلامى. ومعنى الوعد بجائزة " تخصيص أجر لشخص لن يتعين إلا بتنفيذ الأداء الذى حدده الواعد " أو " توجيه للجمهور تعبيراً عن الإرادة مضمونه منح جائزة لمن يقوم بعمل معين ". انظر د/ لاشين محمد يونس الغياتى - الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق ص ٨٧ وما بعدها.

(٢) من المعلوم أن الحكم الشرعى والحكم القانونى يتفقان - من حيث المبدأ - فيما يتعلق بعنصر الإلزام والمتمثل في الجزاء المترتب على مخالفة الحكم في كل منهما إلا إنهما يختلفان في طبيعة هذا الجزاء، وصوره، وهذا الاختلاف مرجعه اختلاف مصدر كل منهما وما ترتب على ذلك من كون الشريعة الإسلامية عقيدة، وشرعية، دنيا، وقانونا، واتساع نطاق الأحكام الشرعية، بحيث تشمل علاقة الإنسان بخالقه سبحانه وتعالى، وعلاقته بغيره. وهذا يؤدى في النهاية إلى اصطباغ الأحكام الشرعية بالصبغة الدينية. ولذلك، فإن لكل حكم شرعى، مظهرين ، مظهر دينى، ومظهر قضائى، والمظهر الدينى، متمثل فى الحساب أمام الله، أما المظهر القضائى: فيتمثل فى سلطة ولى الأمر فى اقتضاء حقوق الله والعباد ولذلك أيضا نجد أن لكل فعل من أفعال المكلف فى التشريع الإسلامى حكمين أحدهما يتعلق بالدنيا والآخر يتعلق بالآخرة. أى أن مخالفة الحكم الشرعى توجب الجزاء الأخرى بجانب الجزاء الديوى بحيث يرتبط الخضوع لهذه الأحكام وتطبيقها بالإيمان بالله تعالى. وذلك بخلاف القانون الوضعى الذى لا يرتب على مخالفة أحكامه إلا جزاءا دنيويا فقط، توقعه السلطة العامة فى الدولة. راجع فى ذلك: د/ محمد ==

ولذا ، فإن كل ما رتبته القانون جزاء للتدليس ، أنه اكتفى بتقرير المسؤولية العقدية ، على المدلس ، وكان يتمثل ذلك في مجرد عده عملا غير مشروع يوجب على من صدر منه التعويض قبل المتعاقد الذى وقع عليه التغيرير أو التدليس ، وقد كان ذلك وحده ، هو محل الاعتبار فى القوانين القديمة ، كالقانون الرومانى ، ولم تكن تلك القوانين ، تنظر إلى التغيرير أو التدليس ، من حيث ما يحدثه ، من تأثير على إرادة المدلس عليه ، وإنما كانت تنظر إليه من جهة من يمارسه ، بوصفه عملا غير مشروع يستحق فاعله الجزاء المتمثل فى التعويض ، ولكن القوانين الحديثة ، تعد التدليس تحايلا يودى إلى إيقاع المتعاقد فى الغلط على نحو يدفعه إلى التعاقد ، بحيث لم يكن يقبله أصلا لو علم بالحقيقة ، أو إلى التعاقد بغبن لم يكن يرضاه لو لم يقع فى الغلط ، ومن هنا فالقوانين الحديثة ، تنظر إلى التدليس من هذه الزاوية وتعامله معاملة الغلط ، مع الأخذ فى الحسبان أنه فى التدليس غلط مفتعل أو مستثار ، يتميز عن الغلط فى صورته العادية أو الغلط التلقائى<sup>(١)</sup> ، وعلى ذلك فإن العقد للإبطال ، أى البطلان النسبى لمصلحة من وقع عليه التدليس ، متى استعمل المدلس ، أو نائبه ، حيلة غير مشروعة ، بلغت من الجسامة ، بحيث لولاها ، لما أبرم المدلس عليه العقد تطبقا لنص المادة (١٢٥) مدنى مصرى الفقرة الأولى ، التى تنص على أنه : " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائبه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد"<sup>(٢)</sup> ، فالقانون عد التدليس عيبا من العيوب التى تشوب الإرادة وأعطاه حكم الغلط

---

== مصطفى شلبى - نظام المعاملات فى الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ٧٦ ، د/ عبد الناصر العطار - مبادئ القانون - دار الاتحاد العربى للطباعة سنة ١٩٦٩ ص ٣٥ ، د/ رمضان على السيد الشرنباصى - المدخل لدراسة الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ٣٣ ، د/ عبد المنعم فرج الصدة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى فى المعاملات المالية - الجزء الأول - نظرية لقاعدة القانونية والقاعدة الشرعية - معهد البحوث والدراسات العربية سنة ١٩٧٠ ص ٢٥ وما بعدها د/ محمد سليم العوا - أصول النظام الجنائى الإسلامى - دار المعارف - الطبعة الثانية سنة ١٩٨٣ ص ٤٩ ، د/ على حسب الله - أصول التشريع الإسلامى - مرجع سابق ص ٣٧٧ ، د/ حسام الدين الأهوانى - أصول القانون - مطبعة أبناء ودية حسان بالقاهرة سنة ١٩٨٨ ص ٢٧ ، د/ سمير عالية علم القانون والفقه الإسلامى - نظرية القانون والمعاملات الشرعية - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر - الطبعة الأولى سنة ١٩٩١ ص ٩٦ وما بعدها ، د/ محمد كمال إلم - مقننة لدراسة الفقه الإسلامى - المؤسسة الجامعية للطباعة الأولى سنة ١٩٩٦ ص ٢٩ .

(١) انظر فى ذلك: د/ مصطفى محمد الجمال - القانون المدنى فى توبه الإسلامى - مصادر الالتزام مرجع سابق - ص ٢٣٢ ، ص ٢٣٣ .

(٢) راجع - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ج ٢ ، مرجع سابق ص ١٧١ .

وهو قابلية العقد للإبطال، وكذلك الحق في المطالبة بالتعويض إن كان له ما يقتضيه بوصفه عملا غير مشروع<sup>(١)</sup>.

### نطاق التدليس بالسكوت:

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن التدليس بالسكوت ليس خاصا بعقود المعاملات المالية فحسب، بل يمكن تحققه أيضا في عقد النكاح، وذلك بأن يكتُم أحد الزوجين عن الآخر أمرا أو عيبا خفيا لو اطلع عليه ما رضى بصاحبه، وقد يتحقق أيضا من الأولياء، بل قد يتحقق التدليس من الغير شاهدا كان أو موثقا، ويتسع نطاق التدليس بالكتمان والسكوت في عقد النكاح بحيث لا يكون مقصورا على التدليس بالعيب وحده، بل قد يتحقق أيضا بكتمان أمور كان يلزم إظهارها والبوح بها كالـتدليس في النسب أو الحرفة أو الدين.

وإنما كان مجرد السكوت عن مثل هذه الأمور تدليسا، لأن إعلام المتعاقد بحال الطرف الآخر يعد واجبا شرعيا، وبخاصة إذا كان المسئول متعينا للجواب<sup>(٢)</sup>.

فإذا كان النبي - صلى الله عليه وسلم - حرم على البائع كتمان عيب سلعته وحرم على من علمه أن يكتمه فإن ذلك يكون بالنسبة لعيوب النكاح أولى، لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال لفاطمة بنت قيس حين استشارته في نكاح معاوية - رضى الله عنه - أو أبى جهم - رضى الله عنه - أما معاوية فصعلوك لا مال له، وأما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه. فعلم أن بيان العيب في النكاح أولى وأوجب<sup>(٣)</sup>.

ويدل على ذلك أيضا، ما روى أن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - بعث رجلا على بعض السعاية فتزوج امرأة، وكان عقيما، فقال عمر: أعلمتها أنك عقيم؟ قال لا: قال: أعلمها ثم خيرها<sup>(٤)</sup>.

ووجه الدلالة من ذلك، أن عمر عد السكوت عن بيان العقم في هذه الواقعة تدليسا لا يجوز. بل عد بعض العلماء من أقبح التدليس والغش<sup>(٥)</sup>.

(١) د/ أحمد فراج حسين - الملكية ونظرية العقد - مرجع سابق ص ٣٢٩، د/ مصطفى الجمال - القانون المدني في توبه الإسلامى - مصادر الالتزام - مرجع سابق - ص ٢٣٥ وما بعدها، د/ نبيل إبراهيم سعد - النظرية العامة للالتزام - ج ١ مصادر الالتزام - مرجع سابق ص ١٨٠.

(٢) انظر في ذلك: د/ يوسف محمد عبد الغفار عيسى - التدليس في عقد الزواج والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ٢٩.

(٣) راجع ابن القيم - زاد المعاد - مرجع سابق - ج ٤ ص ٣٢.

(٤) انظر الصنعاني - سبل السلام - مرجع سابق - ج ٣ ص ١٠١٩، ابن القيم - زاد المعاد - مرجع سابق ج ٤ ص ٣٠، د/ نوال محمد الشاكر - التفريق بين الزوجين للعيوب - مرجع سابق ص ٢٢٢.

وعلى ذلك: يكون السكوت عن بيان العيب فى عقد النكاح تدليسا منبى ثبت أن المدلس كان عالما به، ولا يقتصر ذلك على الزوجين فقط. إذ يمكن أن يتحقق أيضا، من جانب الشهود على عقد النكاح، لأنه يجب على الشهود عدم كتمان أمر يمنع انعقاد النكاح، كما لو كانت المرأة، فى حال عدتها، وكان الشاهدان على علم بذلك، وتم العقد — مع علمهما — بشهادتهما دون أن يبينا الحقيقة للزوج أو وكيله أو للموثق متعمدين ذلك<sup>(١)</sup>.

### كتمان المرأة لما فى رحمها:

كما يمكن تحقيق التدليس بالسكوت والكتمان — فى هذا المجال أيضا — بكتمان المرأة — المطلقة خاصة — لما فى رحمها ، والسكوت عن البوح به وإظهاره. فتلك صورة من صور التدليس المحرم شرعا، لما تنطوى عليه من غش وخداع. فإذا كان المتعاقد المدلس يكتّم عيب سلعته مدلسا غاشا بهذا الكتمان، فإن المرأة التى تكتّم ما فى رحمها — رغبة منها فى إطالة أمد العدة، أو إنقاصها أو العبث بها على أى حال والفرص أنها مؤتمنة على ذلك — تكون مدلسة غاشة.

تلك الصورة مستفادة من صريح النص القرآنى فى قوله تعالى : " والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ، ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر.." <sup>(٢)</sup>.

والشاهد فى الآية الكريمة قوله تعالى : " ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن " والتقدير : لا يحل لهن كتمان الذى فى أرحامهن، والمقصود بما فى أرحامهن " الحمل " عند بعض المفسرين ، أو الحيض ، عند البعض الآخر، والراجح<sup>(٣)</sup> الذى اختاره كثير من المفسرين هما معا — الحمل والحيض — لأن الله تعالى جعلها أمينة على رحمها فقولها فيه مقبول.

(١) راجع فيما سبق: يوسف محمد عبد الغفار عيسى — التدليس فى عقد الزواج — مرجع سابق — ص ١٥٤.

(٢) سورة البقرة ، آية [ ٢٨ ] .

(٣) انظر فى تفصيل ذلك: الجصاص — أحكام القرآن — مرجع سابق ج ١ ص ٤٣٩، الشافعى — أحكام القرآن — دار الكتب العلمية — بيروت — سنة ١٩٨٠ ج ١ ص ٢٩٨، الرازى — التفسير الكبير — مرجع سابق — ج ٦ ص ٩١، الشوكانى — فتح القدير — مرجع سابق ص ٢٣٧، القرطبى — الجامع لأحكام الحكيم — مرجع سابق — المجلد الثانى . ج ٣ ص ١١١، محمد رشيد رضا — تفسير القرآن الكريم — مرجع سابق — ج ٢ ص ٣٦٩، د/ محمد على الصابونى — تفسير آيات الأحكام من القرآن — دار التراث العربى — بدون تاريخ ج ١ ص ٣٣١.

والمعنى المقصود من الآية الكريمة أنه لما دار أمر العدة على الحيض والأطهار ولا اطلاع عليهما إلا من جهة النساء جعل القول قولها إذا ادعت انقضاء العدة أو عدمها، وجعلهن مؤتمنات على ذلك<sup>(١)</sup>.

لذلك فإن كتمان المرأة لما في رحمها من الحمل أو الحيض هو كتمان محرم حرمه الله تعالى. منعا للإضرار بالزوج وذهاب حقه لأنه يتعلق بذلك حق الرجعة للرجل، وعدم اختلاط الأنساب فريما ادعت انقضاء العدة وهي مشغولة بالرحم بالحمل من زوجها ثم تزوجت فأدى ذلك إلى اختلاط الأنساب، وربما حرمت الرجل من حقه في الرجعة، فلذلك حرم الله كتمان ما في الأرحام<sup>(٢)</sup>، بل إن في قول الله تعالى في الآية الكريمة نفسها: "إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر" وعيدا عظيما شديدا وتهديدا لتأكيد تحريم الكتمان، وإيجابا لأداء الأمانة في الإخبار عن الرحم بحقيقة ما فيه، كما أنه وعظ بترك الكتمان، وهو للتهيج وتهويل الأمر في نفوسهن لما يترتب على هذا الكتمان من ضرر عظيم<sup>(٣)</sup>.

#### بعض صور السكوت والامتناع المحظور قانونا:

عرضنا فيما سبق بعض صور السكوت المحرم في الفقه الإسلامي الذي يأتى فاعله، ويجب عليه اتخاذ موقف إيجابى، وأن يتخلى عن مجرد السكوت والامتناع.

وبالنظر فى القانون الوضعى - فى فروعہ المختلفہ - نجد أن هنالك أيضا حالات للسكوت أو الموقف السلبي عموما - بالسكوت أو الامتناع أو الترك - عدها القانون مخالفة يترتب عليها المسئولية القانونية، بل عد بعضها جريمة طبقا لبعض نصوص القانون.

فقد رأينا - فى إطار دراستنا للشهادة - أن قانون الإجراءات الجنائية جرم كتمان

---

(١) الرازى - التفسير الكبير - مرجع سابق ج٦ ص ٩٢، القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - مرجع سابق - المجلد الثانی - ج٣ ص ١١١.

(٢) القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - مرجع سابق - مجلد ٢ ج٣ ص ١١١، محمد على الصابوني تفسير آيات الأحكام - مرجع سابق - ج١ ص ٣٣١، محمد رشيد رضا - تفسير القرآن الحكيم مرجع سابق ج٢ ص ٣٦٩.

(٣) الجصاص - أحكام القرآن - مرجع سابق - ج١ ص ٤٣٩، القرطبي - الجامع لأحكام القرآن مرجع سابق - مجلد ٢ ج١ ص ١١١، ابن كثير - تفسير القرآن العظيم - مرجع سابق ج١ ص ٢٧٠، محمد على الصابوني - تفسير آيات الأحكام - مرجع سابق ج١ ص ٣٢٥.



الشهادة، والامتناع عن الحضور أمام المحكمة عند دعوته إلى ذلك قانوناً<sup>(١)</sup>.

ورأينا كذلك فى إطار القانون المدنى، أنه عد السكوت تدليسا يحقق مسئولية المدلس المدنية، فى بعض الأحوال على نحو ما بينا<sup>(٢)</sup> وعده عملا غير مشروع.

كما أن السكوت أو الامتناع أيضا يعد جريمة بمقتضى نصوص قانون مباشرة الحقوق السياسية، فبعد أن نص القانون المذكور فى مادته الأولى على إلزام كل مصرى ومصرية بلغ ثمانى عشرة سنة ميلادية أن يياشر بنفسه الحقوق السياسية، مثل إيداء الرأى فى كل استفتاء يجرى طبقا لأحكام الدستور، وإيداء الرأى فى الاستفتاء الذى يجرى لرياسة الجمهورية، وانتخاب أعضاء مجلس الشعب، جاء بعد ذلك فى الباب الخاص بجرائم الانتخاب مقررًا عقوبة، على كل من كان اسمه مقيدا بجداول الانتخاب وتخلف لغير عذر عن الإدلاء بصوته فى الانتخاب، أو الاستفتاء<sup>(٣)</sup>.

فنجد أن القانون المذكور أوجب على كل مواطن بلغ ثمانى عشرة سنة ميلادية أن يياشر بنفسه الحقوق السياسية، وهذا يعنى أن عملية المشاركة فى التصويت فى الانتخاب واجب عام أساسى، يجب على المواطن أن يمارسه، وأن مساهمة المواطن فى الحياة العامة واجب وطنى<sup>(٤)</sup>.

ومن ثم كان التخلف عن ذلك، وبالتالي — وهو المقصود من النص فى الواقع الامتناع عن التصويت يمثل مخالفة قانونية، أى محظور قانونا تقررت عليه عقوبة<sup>(٥)</sup> وذلك يؤكد أن الامتناع فى هذه الحالة محظور قانونا، لأن ثمة واجبا فرضه القانون بالحضور والتصويت.

---

(١) راجع ما سبق — فى الشهادة .

(٢) راجع ما سبق فى التليس.

(٣) راجع — قانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية (م١)، (م٣٩) فى جرائم الانتخاب مطبعة الهيئة العامة لثئون المطابع الأميرية.

(٤) ذلك طبقا لنص المادة (٦٢) من الدستور المصرى المعمول به حاليا انظر: د/ داود عيسد الرازق داود البار — حق المشاركة فى الحياة السياسية — رسالة مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الإسكندرية لنيل درجة الدكتوراه سنة ١٩٩٢ ص ٧٠.

(٥) حتى وإن كان عقوبة متدنية ضئيلة، إلا أنها على أى حال عقوبة وهذا يعنى أن التخلف والامتناع عن التصويت محظور بمقتضى القانون. وتلك العقوبة طبقا لنص م (٣٩) من القانون ٧٣ لسنة ٥٦ بشأن ممارسة الحقوق السياسية هى الغرامة التى لا تجاوز مائة قرش.

وهكذا، ففي كل حالة يكون فيها التزام قانوني باتخاذ نشاط إيجابي أو مباشرته على شخص ما في موقف معين، وبرغم ذلك، التزم هذا الشخص مجرد السكوت والامتناع، ولم يبادر بمباشرة ذلك النشاط الإيجابي المتعين عليه اتخاذه، فإن هذا الممتنع يكون مسئولاً قانوناً عن تحقيق جريمة القتل، متى حدثت الوفاة، وتوافرت علاقة السببية بين الامتناع وحدث الوفاة، أى تحقق علاقة السببية بين السلوك والنتيجة، بمعنى أن يكون الامتناع السبب في حدوث القتل<sup>(١)</sup>.

ويلحق بالسكوت المجرد قانوناً أيضاً، سكوت الطبيب، وعدم إبلاغه عن مرض وبائي، فهذا سكوت حرمه القانون ورتب عليه مسئولية الطبيب جنائياً<sup>(٢)</sup>.

وبعد : فقد بينا فيما سبق — فى إطار الوصف الشرعي للسكوت — متى يكون السكوت محرم شرعاً، وعرضنا لبعض صور " السكوت والامتناع والترك " التى يثبت تحريمها فى الفقه الإسلامى ، وهى نماذج مسوقة على سبيل المثال فحسب لا الحصر. إذ إننا نكون أمام سكوت محرم عندما يوجد التزام شرعى. من خلال دليل شرعى — بالكلام أو اتخاذ موقف إيجابى حيال الأمر المسكوت عنه، سواء كان ذلك فى مجال العقائد، أم العبادات أم المعاملات ، أى سائر أحكام الفقه الإسلامى.

فكلما وجب الكلام وكان بالإمكان، حرم السكوت بلا عذر مشروع.

ورأينا كذلك أن القانون الوضعى — أيضاً — حظر السكوت أو الامتناع والترك فى بعض الحالات ورتب عليه المسئولية القانونية — مدنية أو جنائية — على الممتنع أو الساكت على نحو ما رأينا<sup>(٣)</sup>.

---

(١) انظر : د/ جلال ثروت — نظرية القسم للخاص — الجزء الأول — جرائم الاعتداء على الأشخاص — مرجع سابق ص ٦٩، د/ إدوار غالى الذهبى — شرح قانون العقوبات — القسم الخاص — مرجع سابق ص ٣١.

(٢) انظر : د/ أحمد حشمت أبو ستيت — نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى — مكتبة وهبة بمصر سنة ١٩٤٥ — هامش ص ٧١.

(٣) ذلك يتفق مع ما ذكره الأستاذ الدكتور / أحمد حشمت أبو ستيت من أنه : " لا نزاع فى أن للسكوت آثاراً قانونية أخرى — غير التعبير أو صلاحيته بوصفه أداة للتعبير عن الإرادة — فقد يعد جريمة ، كما قد يستدل منه على اعتراض الخصم عن استجوابه وقد يعد تدليلاً فى بعض الأحوال " . راجع : د/ أحمد حشمت أبو ستيت — نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى — مرجع سابق — هامش ص ٧١.

ولعل أهم صورة من صور الامتناع المحظور قانونا بل وأخطرها تلك الصورة التي بحثها فقهاء القانون الجنائي في إطار دراساتهم للنشاط الإجرامي، باعتباره عنصرا من عناصر الركن المادي في جريمة القتل، وهي " القتل بالامتناع أو الترك " ومدى صلاحية السلوك السلبي - الامتناع<sup>(١)</sup> أو الترك - لتحقيق النشاط الإجرامي.

والمواقع أن مسألة اعتبار الامتناع أو الترك سببا للوفاة في جريمة القتل محل خلاف كبير بين فقهاء القانون الجنائي، على العكس من السلوك الإيجابي، فلا خلاف حول صلاحيته لأن يكون سببا للوفاة.

ولكن - على أي حال - الرأي الراجح في هذا الصدد ، هو صلاحية الامتناع أو الترك لإحداث الوفاة، وإن القتل قد يقع بطريق الامتناع سواء أكان عمدا أم بغير عمد فالقتل كما يقع بفعل إيجابي يقع بفعل سلبي.

ولكن بشرط أن يتم هذا الامتناع بالنسبة إلى التزام بالقيام بعمل معين يقع على عاتق الممتنع، أي أن يقع على عاتق الممتنع التزام قانوني أو تعاقدي.

فإذا لم يكن ثمة التزام قانوني فإن الامتناع يعد لغوا وعمدا، ومن ثم فلا يصلح نشاطا إجراميا في جريمة القتل، ولكي يكون للامتناع وجود في نظر القانون يجب أن يكون في صورة إحجام عن تنفيذ التزام قانوني بمباشرة عمل إيجابي لا في مجرد النكول عن القيام بواجب أدبي .

وعلى هذا النحو : يمكن تصور القتل بالامتناع بالنسبة للأمر التي تمتنع عن إرضاع وليدها بقصد قتله ، لأنها في هذه الحالة أخلت بالتزام فرضه القانون. والسجان الذي يريد قتل سجينه فيمتنع عن تقديم الطعام له حتى تزهق روحه، والطبيب الذي يمتنع عن إجراء عملية جراحية عاجلة لمريض فيموت المريض<sup>(٢)</sup>.

---

(١) والمراد بالامتناع في هذا الصدد : " سوك إرادي يتمثل في الإمساك عن حركة عضلية يعتد بها القانون، ويترتب على تخلفها آثار قانونية " . أنظر : د/ جلال ثروت - نظرية القسم الخاص - الجزء الأول - جرائم الاعتداء على الأشخاص - مكتبة مكابي سنة ١٩٧٩ ص ٥٥.

(٢) وهناك رأي آخر في هذه المسألة يرى عدم صلاحية الامتناع لتحقيق جريمة القتل. راجع: في تفصيل ذلك على سبيل المثال د/ جلال ثروت - نظرية القسم الخاص - ج ١ - جرائم الاعتداء على الأشخاص - مرجع سابق ص ٥٥ وما بعدها، د/ إيوار غالي الذهبي - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - مكتبة غريب - الطبعة الثانية سنة ١٩٧٦ ص ٢٨ وما بعدها، د/ أحمد فتحي سرور الوسيط في قانون العقوبات - الطبعة الرابعة سنة ١٩٩١ ص ٥٥٥ وما بعدها، د/ فتوح عبد الله ==

## المبحث الخامس

### السكوت الواجب

فى إطار دراستنا للوصف للشرعى للسكوت، أى " حكمه التكليفى " بينا انه فى أصله مباح ، ولكنه قد يكون مندوبا، أو مكروها ، أو محرما بحسب الأحوال، وحسبما يقتضيه النص الشرعى، وقد فرغنا من بيان أحوال السكوت المندوب، والمكروه والمحرّم، ويبقى لنا أن نتعرف على السكوت الواجب، وهو ما نتكلم عنه الآن.

والقاعدة فى هذا الصدد أن السكوت يكون واجبا إذا كان الكلام محرما. فكما ثبت بالدليل الشرعى تحريم الكلام كان السكوت واجبا . فإذا ورد الخطاب الشرعى بطلب الكف والامتناع — عن قول أو فعل — ترتب عليه تحريم ذلك الفعل أو القول. متى كان طلب الكف على جهة الحتم واللزوم، وهذا معنى للتحريم — كما بينا سابقا — <sup>(١)</sup>. وفى الوقت نفسه يوجب السكوت عنه.

وبالنظر فى الشرع الإسلامى وأدلته نجد أن هناك حالات كثيرة يجب فيها السكوت، وردت الأدلة الشرعية التى تؤكد تحريم الكلام فى هذه الأحوال، وذلك فى مجال العقائد والأخلاق، والعبادات والمعاملات . وتسوق فيما يلى بعض الأمثلة على السكوت الواجب.

#### فى مجال العقائد والأخلاق.

نهى الله تبارك وتعالى عن الإشراك بالله، وعقوق الوالدين، وعن قول الزور وهذا يعنى أن السكوت يجب فى مثل هذه الأحوال.

فقد ورد النهى عن الشرك بالله تعالى وعقوق الوالدين فى قوله تعالى : " واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا " <sup>(٢)</sup>.

---

-- الشاذلى شرح قانون العقوبات — القسم الخاص — الكتاب الأول — الجرائم المضرة بالمصلحة العامة سنة ١٩٩٩ ص ٣٨ وما بعدها.

وفى إطار الجرائم السلبية فى الفقه الإسلامى قرر الفقهاء بالإجماع أن ما يكون مطلوبا بأمر الشارع يعد تركه إثما وجريمة ، وموضع مؤاخذه فى الدين، وموضع مؤاخذه بين يدي القضاء إذا كان يجرى عليه الإثبات. راجع فى ذلك تفصيلا : فضيلة الشيخ / محمد أبو زهرة — الجريمة والعقوبة فى الفقه الإسلامى — الجريمة — دار الفكر سنة ١٩٧٦ ص ١٢٢ وما بعدها.

(١) راجع ما سبق أن ذكرنا فى أقسام الحكم الشرعى — فى التحريم .

(٢) سورة النساء ، آية [٣٦].

وقوله تعالى : " ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما " <sup>(١)</sup>. وقوله تعالى " فاجتنبوا  
الرجس من الأوثان ، واجتنبوا قول الزور " <sup>(٢)</sup>.

وقد جمع ذلك حديث النبي - صلى الله عليه وسلم - فيما رواه عبد الرحمن بن  
أبي بكرة عن أبيه ، قال : " كنا عند رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال : ألا  
أنبئكم بأكبر الكبائر ؟ ثلاثا - الإضرار بالله ، وعقوق الوالدين ، وشهادة الزور . " أو قول  
الزور " ، وكان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - متكلنا فجلس فمالها يكررها حتى  
قلنا : ليته سكت <sup>(٣)</sup>.

فهذه النصوص الشرعية التي ذكرناها تؤكد النهي عن هذه الأشياء ، وهذا النهي  
تحريم كل قول أو فعل يؤدي إلى الشرك بالله ، وكذلك كل قول أو فعل يعد من قبيل  
عقوق الوالدين <sup>(٤)</sup> ، بدليل قوله تعالى : " ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما " وكذلك النهي عن  
شهادة الزور <sup>(٥)</sup> ، أو قول الزور . والتعبير بـ " قول الزور " تعبير عام يشمل كل قول  
كاذب ، لأن قول الزور أعم من شهادة الزور ، لأنه يتناول كل زور من شهادة ، أو  
غيبه أو بهت أو كذب <sup>(٦)</sup> . والنهي عن هذه الأشياء يعني إيجاب السكوت عنها سواء  
أكانت قولاً أم فعلاً .

---

(١) سورة الإسراء ، آية [٢٣] .

(٢) سورة الحج ، آية [٣٠] .

(٣) انظر مسلم - صحيح مسلم - مرجع سابق - ج ١ ص ٩١ كتاب الإيمان - بيان الكبائر وأكبرها  
الترمذي - للجامع الصحيح - سنن الترمذي - مرجع سابق ج ٤ ص ٣١٢ ، كتاب البر والصلة باب ما  
جاء في عقوق الوالدين .

(٤) " عقوق الوالدين " مأخوذ من العق وهو القطع ، يقال : عق والده ، يعقه عقاً ، وعقوقاً إذا قطعه ولم يصل  
رحمه ، وجمع للعاق ، عقه ، عقق ، وهو الذي شق عصا الطاعة لوالده وقيل إن العقوق المحرم كل فعل  
يتأذى به الوالد أو نحوه ويدخل فيه القول أيضاً : راجع / محمد فؤاد عبد الباقي - تعليقه على صحيح  
مسلم - ج ١ هامش ص ٩١-٩٢ .

(٥) ومعني شهادة الزور : الشهادة بالباطل وشاهد الزور هو من شهد بما لم يكن يعلم ولو صانف الواقع أو  
هو من يكذب في شهادته أما من أخطأ في شهادته أو كانت نتيجة سهو أو نسيان فلا يعد شاهد زور .

والزور هو الكذب الباطل ومعلوم أن شهادة الزور من أكبر الكبائر نهى الله تعالى وحرّمها فسي كتابه  
الكريم مع عبادة الأوثان - راجع في ذلك : د / أحمد فراج حسين - أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي  
مرجع سابق ص ٢٦٦ - ٢٦٧ . د / إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم - الإثبات بالشهادة في الفقه الإسلامي  
- دراسة فقهية مقارنة - مرجع سابق ص ٣٤٧ .

(٦) انظر : د / أحمد فراج حسين - أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٢٦٧ .

ويندرج تحت ذلك أيضاً، وجوب السكوت عن الكذب المحرم<sup>(١)</sup> وبخاصة الكذب على الرسول - صلى الله عليه وسلم - فقد روى أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - قال : " لا تكذبوا على ، فإن من كذب على فليلج النار " . وفي رواية : " من كذب على متعمداً فليتبوأ مقعده من النار " <sup>(٢)</sup> . فإذا كان مطلق الكذب منهيًا عنه فإنه على النبي صلى الله عليه وسلم - أكد .

ومنه أيضاً، وجوب السكوت عن الغيبة والنميمة، والخوض في أعراض الناس بالباطل، ومطلق كف الأذى عن الناس ، حيث نهى الله تبارك وتعالى عن ذلك في قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيراً من الظن إن بعض الظن إثم، ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضاً " <sup>(٣)</sup> . وقوله تعالى : " إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم " <sup>(٤)</sup> .

ومعنى الغيبة كما حدده الرسول - صلى الله عليه وسلم - حيث سئل عنها فقال : أن تذكر من المرء ما يكره أن يسمع قال يا رسول الله وإن كان حقاً قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذا قلت باطلاً فذلك البهتان <sup>(٥)</sup> .

---

(١) وردت نصوص شرعية كثيرة تحت على الصدق وتبهي عن الكذب - من ذلك ما روى أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : " عليكم بالصدق فإن الصدق يهدي إلى البر وأن البر يهدي إلى الجنة وما يزال الرجل يصدق ويتحرى الصدق حتى يكتب عند الله صديقاً، وإياكم والكذب فإن الكذب يهدي إلى الفجور وأن الفجور يهدي إلى النار ، وما يزال العبد يكذب ويتحرى الكذب حتى يكتب عند الله كذاباً " . الترمذي - الجامع الصحيح - سنن الترمذي - مرجع سابق جـ ٤ ص ٣٤٧ ، كتاب البر والصلة - باب ما جاء فيه الصدق والكذب .

(٢) ابن حجر فتح الباري - بشرح صحيح البخاري - مرجع سابق جـ ١ ص ٢٥٢ - ٢٥٣ ، كتاب العلم باب إثم من كذب على النبي صلى الله عليه وسلم .

(٣) سورة الحجرات ، آية [١٢] .

(٤) سورة النور ، آية [٢٣] .

(٥) الإمام مالك - الموطأ - مرجع سابق ص ٩٨٧ ، كتاب الكلام، الزرقاني - شرح الزرقاني على الموطأ - مرجع سابق جـ ٤ ص ٤٠٥ ، الترمذي - الجامع الصحيح - سنن الترمذي - مرجع سابق جـ ٤ ص ٣٢٩ ، كتاب البر والصلة ، القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - مرجع سابق ، مجلد ٨ جـ ١٦ ص ٣٠٣ ، وفي رواية مسلم : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم - قال أتدرون ما الغيبة ؟ قالوا : الله ورسوله أعلم، قال : " ذكرك أخاك بما يكره " قيل أفرأيت إن كان في أخي ما أقول قال : " إن كان فيه ما تقول فقد اغتبته " ، إن لم يكن فيه فقد بهته " انظر مسلم - صحيح مسلم - مرجع سابق جـ ٤ ص ٢٠٠١ ، كتاب البر والصلة والآداب - باب تحريم الغيبة - ابن أبي الدنيا - الصمت وحفظ اللسان مرجع سابق ص ١٢١ .

فالغيبية المنهي عنها هي نكر الرجل بما يكره ذكره مما هو فيه، أى أن ينكر الإنسان عيب غيره من غير محوج إلى ذلك<sup>(١)</sup>.

فلا خلاف على وجوب السكوت عن هذه الأشياء مثل الغيبة باللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو المحاكاة<sup>(٢)</sup>، فذلك منهي عنه، وهذا النهي يوجب السكوت.

كما يجب السكوت عن النميمة أيضا لما ورد من النهي عنها والتحذير من عاقبة من اتصف بها يقول الرسول صلى الله عليه وسلم " لا يدخل الجنة نمام " وفى رواية " لا يدخل الجنة قتات " <sup>(٣)</sup>.

ومن السكوت الواجب أيضا : السكوت بالمأمور به فى قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم .. " <sup>(٤)</sup>.

وفى قوله صلى الله عليه وسلم " إن أعظم المسلمين جرما من سأل عن شئ لم يحرم فحرم من أجل مسألته " <sup>(٥)</sup>.

ويستفاد من ذلك وجوب السكوت بترك السؤال عن شئ لم يقع خشية أن ينزل به وجوبه أو تحريمه، وأيضا وجوب السكوت عن كثرة السؤال لما فيه من العنت والمشقة. ومنه أيضا — السكوت الواجب فى الصلاة خلف الإمام — وفى صلاة الجمعة أثناء الخطبة، وعند قراءة القرآن، لورود النهي عن الكلام فى هذه الحالات.

ومنه أيضا السكوت عن إفشاء الأسرار، حيث ورد النهي عن ذلك، فى أحاديث

---

(١) انظر ابن حجر فى المقدمة لكتاب فتح الباري — مرجع سابق ص ٢٢٣، محمد أحمد إسماعيل المقدم — حرمة أهل العلم — مرجع سابق ص ١٨.

(٢) انزرقاني — شرح الزرقاني — مرجع سابق ج٤ ص ٤٠٥.

(٣) مسلم — صحيح مسلم — مرجع سابق ج١ ص ١٠١، كتاب الإيمان باب بيان غلط تحريم النميمة، والنميمة هى نقل كلام الناس، بعضهم إلى بعض على جهة الإفساد بينهم، وعرفها الإمام الغزالي بأنها "سم النميمة إنما يطلق فى الأكثر على من ينم قول الغير إلى المقول فيه، كما تقول فلان كان يتكلم فىك بكذا وكذا، وليست النميمة مختصة بل حدها كشف ما يكره كشفه سواء أكرهه المنقول عنه أم المنقول إليه أم كرهه ثالث، وسواء أكان الكشف بالقول أم بالكتابة أم بالرمز أم بالإيماء.. " انظر : الإمام الغزالي — إحياء علوم الدين — مرجع سابق ج٢ ص ١٩٥ باب حد النميمة وما يجب فى ردها، ابن أبى الدنيا — التصمت وحفظ اللسان — مرجع سابق ص ١٤١.

(٤) سورة المائدة، آية [١٠١].

(٥) مسلم — صحيح مسلم — مرجع سابق ج٢ ص ١٨٣١، ابن حجر — فتح الباري — مرجع سابق ج٣ ص ٣٢٤، الشوكاني — نيل الأوطار — مرجع سابق ج٨ ص ١٠٦.

الرسول صلى الله عليه وسلم من ذلك ما روى عن جابر بن عبد الله انه قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " إذا حدث الرجل بالحديث ثم التفت فهي أمانة " (١) وما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " للمجالس بالأمانة إلا ثلاثة مجالس: سفك دم حرام ، أو فرج حرام ، أو اقتطاع مال بغير حق " (٢)، وما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال : " إن من أعظم الأمانة عند الله يوم القيامة الرجل يفضي إلى امرأته وتفضي إليه ثم ينشر سرها " (٣) . وما روى عن الحسن رضى الله عنه - انه قال : " إن من الخيانة أن تحدث بسر أخيك " (٤)، فهذه الأحاديث الشريفة وهذا الأثر تنهي عن إقضاء السر وتحض على حفظه وتجعل ذلك من باب الأمانات وهذا يعني وجوب السكوت عن ذلك.

ومن السكوت الواجب في مجال المعاملات : السكوت عن الخداع والغش "التدليس" بالقول في المعاملات. وفي العقود عامة.

وقد بينا - في إطار الحديث عن التدليس " التغرير " المحرم في العقود انه يتحقق بالفعل، أو بالقول ، أو بمجرد السكوت والكتمان، وعلمنا أن الكتمان الذي يتحقق به التدليس إنما هو من قبيل السكوت المحرم.

أما ما نحن بصدد الآن - أى السكوت الواجب - فهو السكوت عن التدليس " التغرير القولي " فحيث ورد النهي عن الكلام - الكاذب - في هذه الحالة فإن السكوت عنه يكون واجبا.

والمقصود بالتدليس " التغرير القولي " الكذب الصادر من أحد المتعاقدين لحمل الطرف الآخر على التعاقد.

أى إنه كذب فيما يتعلق بمحل التعاقد - فى جانبه - عن طريق الكذب بالقول أو بالإدلاء ببيانات أو أقوال كاذبة.

ومثاله فى عقد البيع، أن يقول البائع قد عرض على فيه كذا أو انه مصنوع فى

(١) أبو داود - سنن أبي داود - مرجع سابق جـ ٤ ص ٢٦٩ ، كتاب الأئب باب فى نقل الحديث، الترمذي - الجامع الصحيح - سنن الترمذي - مرجع سابق جـ ٤ ص ٣٤١ ، كتاب البر والصلة - باب ما جله فى أن المجالس أمانة.

(٢) أبو داود - سنن أبي داود - المرجع السابق جـ ٤ ص ٢٦٩ ، كتاب الأئب.

(٣) أبو داود - سنن أبي داود - المرجع السابق جـ ٤ ص ٢٦٩ ، كتاب الأئب.

(٤) ابن أبي الدنيا - الصمت وحفظ اللسان - مرجع سابق - ص ٢١٣.



بلد كذا، مع أن الواقع غير ذلك<sup>(١)</sup>.

وقد يكون هذا الكذب من غير المتعاقدين، كأن يقول شخص لآخر، عامل فلانا فإنه ثقة مليء، وهو يعلم خلاف ذلك<sup>(٢)</sup>.

وهذا النوع من الكذب منهي عنه شرعا، وقد سبق أن ذكرنا أن التدليس بأنواعه — بالفعل أو القول أو السكوت — محرم شرعا<sup>(٣)</sup>.

وبالإضافة إلى ما ذكرناه من أدلة على تحريم التدليس، فإن الكذب في البيع وفي العقود بقصد الغش والخديعة وإيقاع المتعاقد الآخر في التعاقد وردت بشأنه نصوص خاصة بالنهي عنه في القرآن الكريم وفي السنة النبوية المطهرة.

فمن القرآن الكريم قوله تعالى : " إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا أولئك لا خلاق لهم في الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم " <sup>(٤)</sup>.

ونذكر الإمام البخاري : " أن رجلا أقام سلعة وهو في السوق، فحلف بالله لقد أعطى بها ما لم يعط ليوقع فيها رجلا من المسلمين، فنزلت الآية الكريمة : " إن الذين يشترون بعهد الله .. " .

وقد استدلل العلماء من ذلك على أنه يكره الحلف في البيع مطلقا، فإن كان كذبا فهي كراهة تحریم، وإن كان صدقا فكراهة تنزيه ، فيكره للتاجر أن يحلف لأجل ترويج السلعة وترزينها <sup>(٥)</sup>.

---

(١) انظر في ذلك : د/ مصطفى أحمد الزرقاء — الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد — مرجع سابق جـ ١ ص ٣٧٩ وما بعدها، د/ أحمد فراج حسين — الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية — مرجع سابق ص ٣٢٨، د/ محمد سراج — نظرية العقد في الفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ٩٢، د/ علي أحمد مرعي — بحوث في البيع — مرجع سابق جـ ١ ص ٤١، د/ مصطفى الجمال — القانون المدني في ثوبه الإسلامي — مصادر الالتزام — مرجع سابق ص ٢٣٦، د/ عبد الحليم القوني — حسن النية وأثره في التصرفات — مرجع سابق ص ٣٥٣، يوسف محمد عيسي — التدليس في عقد الزواج والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ٢٧.

(٢) الدسوقي — حاشية الدسوقي — مرجع سابق جـ ٣ ص ١١٥.

(٣) راجع ما سبق في حكم التدليس ودليله في السكوت المحرم.

(٤) سورة آل عمران ، آية [٧٧] .

(٥) انظر — القرطبي — الجامع لأحكام القرآن — مرجع سابق — المجلد الثاني جـ ١ ص ١١٣، المجلد الثالث جـ ٥ ص ١٣٦، ابن حجر — فتح الباري — مرجع سابق جـ ١ ص ٣٨٧.

ومن السنة ما يؤكد النهي عن الحلف الكذب على السلعة أيضاً، فقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة، ولا ينظر إليهم ولا يزكيهم ، ولهم عذاب أليم ، قلنا : من هم يا رسول الله ؟ فقد خابوا وخسروا فقال : المنان، والمسبل لزاره، والمنفق سلعته بالحلف الكاذب" (١).

فلا خلاف على أن الكذب والحلف على السلعة لترويجها منهي عنه وهذا يفيد وجوب السكوت عن ذلك.

ويلحق بذلك — السكوت الواجب عن التدليس بالقول الكاذب — التدليس القولي الصادر من الغير، وبخاصة في عقد البيع ، وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي ببيع النجش (٢).

والنجش في اصطلاح الفقهاء : عرفه الإمام الغزالي بأنه : " أن يتقدم إلى البائع بين يدي الراغب المشتري ويطلب السلعة بالزيادة وهو لا يريد أن يريدها وإنما يريد تحريك رغبة المشتري فيها " (٣).

وعرفه الإمام مالك بأنه : " أن تعطيه بسلعة أكثر من ثمنها، وليس في نفسك اشتراؤها فيفتدي بك غيرك " (٤).

وعرفه الماوردي بأنه : " أن يحضر الرجل السوق فيري السلعة تباع فيزيد في

(١) انظر: مسلم — صحيح مسلم — مرجع سابق — ج ١ ص ١٠٢، كتاب الإيمان وللحديث روايات متعددة في الصحيفة المشار إليها، الترمذي — الجامع الصحيح — سنن الترمذي — مرجع سابق ج ٣ ص ٥٠٧ كتاب البيوع، ومنه أيضاً ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم — قال : " من حلف على يمين وهو فيها فاجر، ليقطع بها مال أمري مسلم لعنه الله وهو عليه غضبان " — الترمذي — الجامع الصحيح ج ٣ ص ٥٦٠ — كتاب البيوع.

(٢) والنجش في اللغة تنفير الصيد واستثارته من مكانه. وتناجشو في البيع وغيره تزايدو، يقال نجش الرجل ينجش نجشاً، وإطأ رجلاً يريد بيعاً، ومعناه أن يزيد للرجل في سلعة أكثر من ثمنها وليس قصده أن يشتريها بل ليغريه فيوقعه فيه وكذلك في النكاح وغيره والاسم نجش، والفاعل ناجش، ونجاش، وأصل النجش الاستتار، لأنه يستر قصده، ومنه يقال للصائد، ناجش لاستتاره، انظر القيومي المصباح المنير — مرجع سابق ج ٢ — مادة نجش، البستاني — قطر المحيط — مرجع سابق ج ٢ ص ٢١٣٣.

(٣) انظر : الإمام الغزالي — إحياء علوم الدين — مرجع سابق ج ٣ ص ١٠٢.

(٤) انظر: الإمام مالك — الموطأ — مرجع سابق ص ٦٨٤ كتاب البيوع، ابن حجر — فتح الباري — مرجع سابق ج ٤ ص ٤٣٥.

ثمنها وهو لا يرغب في ابتياعها ليقندي به الراغب فيزيد اغترارا به " (١).

وعرفه البهوتي بأنه: " أن يزايدة — أى المشتري — من لا يريد الشراء ليغره " (٢).

وعرفه الكاساني بأنه " أن يمدح السلعة ويطلبها بثمن ثم لا يشتريه بنفسه ولكن ليسمع غيره فيزيد في ثمنه " (٣).

ويفهم من هذه التعريفات أن النجش في اصطلاح الفقهاء. مأخوذ من معناه اللغوى بمعنى الاستثارة . فهذا يعني عند الفقهاء أن يستثار المشتري بحيلة معينة هي الزيادة في ثمن السلعة، لا بغرض الشراء وإنما إغراء المشتري واستثارته ليشتري بثمن أعلى من ثمنها وفيه نوع خداع وتضليل ومنه أيضا مدح السلعة للحصول على ثمن أكثر من قيمتها (٤).

وقد يقع النجش بمواطأة — اتفاق — بين البائع والناجش فيشتركان في الإثم، وقد يقع بغير علم البائع فيختص الناجش بالإثم، وقد يختص به البائع إذا أخبر بأنه اشترى سلعة بأكثر مما اشترأها به ليغر غيره بذلك (٥).

---

(١) انظر الماوردي : الحاوي الكبير — مرجع سابق جـ ٥ ص ٣٤٣، وهذا التعريف قريب مما جاء عن الإمام الشافعي كتاب الأم — مكتبة الكليات الأزهرية — الطبعة الأولى سنة ١٩٦١ جـ ٣ ص ٩١.

(٢) البهوتي — شرح منتهى الإرادات — دار الفكر بدون تاريخ جـ ٢ ص ١٧٣١، وقريب منه ما ذكره الزرقاني " أن يزيد في السلعة ليغتر به غيره " الزرقاني — شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك — مرجع سابق جـ ٣ ص ٣٤١.

(٣) لكاساني — بدائع الصنائع — مرجع سابق جـ ٥ ص ٢٤٥.

(٤) لشوكاني — نيل الأوطار — مرجع سابق جـ ٥ ص ١٦٦ باب النهي عن النجش ، الصنعاني — سبل السلام — مرجع سابق جـ ٣ ص ٨١٣ باب النجش في البيوع ، الزرقاني — شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك — مرجع سابق جـ ٣ ص ٣٤١، د/ مصطفى على الزرقاء — الفقه الإسلامي في نوبة الجديد — مرجع سابق جـ ١ ص ٣٢٧، د/ رمضان على السيد الشرنباصي — حماية المستهلك في الفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ١٥٢، د/ عبد المنعم فرج الصنة — نظرية العقد في الشريعة الإسلامية وقانون الوضعي — مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٩٠ جـ ١ ص ٢٢٣، د/ أحمد فرج — الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية — مرجع سابق ص ٣٢٨، د/ عبد الحليم لقوني — حسن النية وأثره في التصرفات — مرجع سابق ص ٣٥٥.

(٥) انظر الإمام الغزالي — إحياء علوم الدين — مرجع سابق جـ ٣ ص ١٠٣، الشوكاني — نيل الأوطار — مرجع سابق جـ ٥ ص ١٦٦، باب النهي عن النجش، ابن حزم — المحلى — مرجع سابق جـ ٨ ص ٤٤٨.

وقد أجمع العلماء على أن الناجش عاص بفعله<sup>(١)</sup>، وذلك لأن النجش منهي عنه لأنه قائم على الخديعة والمكر وتلك معان مبعوضة محرمة في الإسلام<sup>(٢)</sup>.

أما أدلة النهي عنه، فمنها ما رواه ابن عمر - رضي الله عنهما - أنه قال :  
"نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش" <sup>(٣)</sup>.

وما روى عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا تحاسدوا ولا تباعضوا ، ولا تجسسوا ، ولا تحسسوا ، ولا تتاجشوا ، وكونوا عبادا لله إخوانا" <sup>(٤)</sup>.

ففى هذين الحديثين الشريطين دلالة واضحة على النهي عن النجش . وقد ورد التعبير عن النجش فى الحديث الثانى " بالتتاجش " من التفاعل ، لأن التجار يتعاوضون فيفعل لصاحبه على أن يكافئه بمثل ما فعل فنهوا عن أن يفعلوا معاوضة فضلا عن أن يفعلوا بداءا <sup>(٥)</sup>.

وقد اختلف الفقهاء فيما يفيد النهي عن النجش . فذهب الجمهور إلى أنه يفيد التحريم ، وعليه يكون النجش حراما ، لأن النهي يقتضى التحريم ، ولا قرينة هنا تصرفه عنه<sup>(٦)</sup>.

---

(١) انظر الشوكاني - نيل الأوطار - مرجع سابق ج ٥ ص ١٦٦ ، للصنعاني - سبل السلام - مرجع سابق ج ٥ ص ٨١٣.

(٢) الإمام الشافعي - الأم - مرجع سابق ج ٣ ص ٩١ ، ابن مفلح - المبدع فى شرح المقنع - المكتب الإسلامي - بيروت سنة ١٩٨٠ ج ١ ص ٧٨ ، الماوردي - الحاوي الكبير - مرجع سابق ج ٥ ص ٣٤٣ ، د/ مصطفى الزرقاء - للفقهاء الإسلامى فى توبه الجديد - مرجع سابق ج ١ ص ٢٧٧ د/ رمضان على السيد الشرنباصي - حماية المستهلك فى الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ١٥٢ د/ مصطفى سعيد الخن - أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية فى اختلاف الفقهاء - مؤسسة الرسالة الطبعة السابعة سنة ١٩٩٨ ص ٣٧٢.

(٣) ابن ماجه - سنن ابن ماجه - مرجع سابق ج ٢ ص ٧٣٤ ، الصنعاني - سبل السلام - مرجع سابق ج ٣ ص ٨١٣ ، الشوكاني - نيل الأوطار - مرجع سابق ج ٥ ص ١٦٦ ، ورواه مسلم برواية أخرى عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : " نهى التلقى للركبان وان يبيع حاضر لباد ، وان تسأل المرأة طلاق أختها ، وعن النجش ، والتصريه ، وان يستام الرجل على سوم أخيه " ، انظر صحيح مسلم ج ٣ ص ١١٥٥ ، كتاب البيوع .

(٤) مسلم - صحيح مسلم - مرجع سابق ج ٤ ص ١٩٨٥ ، كتاب البر والصلة .

(٥) ابن ماجه - سنن ابن ماجه - مرجع سابق ج ٢ ص ٧٣٤ ، محمد فؤاد عبد الباقي - فى تعليقه على الحديث بصحيح مسلم ج ٤ ص ١٩٨٥ .

(٦) الإمام الشافعي - الأم - مرجع سابق ج ٣ ص ٩١ ، الماوردي - الحاوي الكبير - مرجع سابق ج ٥ ص ٣٤٣ ، الشيخ محمد عليش - تفريراته على الشرح الكبير - مطبوع مع حاشية الدسوقي مرجع سابق ج ٣ ص ٦٨ ، البهوتي - شرح منتهي الإرادات - مرجع سابق ج ٢ ==

وذهب الحنفية إلى أن النجش مكروه كراهة تحريم في حالة كون الزيادة فوق ثمن المثل، فإن كانت كثر من المثل أو دونه فلا كراهة<sup>(١)</sup>. والراجح هو رأى الجمهور، وهو أن النجش حرام، والمقصود النجش " لا البيع " وذلك لاشتغاله على التغرير والخديعة ولذلك قال البخاري : " الناجش أكل ربا خائن وهو خداع باطل لا يحل " <sup>(٢)</sup>.

وإذا ثبت أن النجش حرام فيكون السكوت عنه واجبا.

وبعد ، فقد بينا معنى السكوت الواجب وضربنا أمثلة له ، وكما قلنا فإن السكوت يكون واجبا إذا كان الكلام محرما، ويقاس على ذلك وجوب السكوت عن كل قول أو فعل محرم بدليل شرعي، سواء كان في مجال العقائد، والأخلاق، أم العبادات، أم المعاملات، وبذلك نكون قد فرغنا من بيان الوصف الشرعي للسكوت أى " حكمه التكليفي " . من حيث الوجوب ، أو الحرمة ، أو الندب ، أو الكراهة ، أو الإباحة.

---

= ص ١٧٣١ ، الإمام الغزالي - إحياء علوم الدين - مرجع سابق ج ٣ ص ١٠٣ ، ابن رشد - بداية المحتد ونهاية المقتصد - مرجع سابق ج ٢ ص ٢١٢ ، د/ على مرعي - بحوث في البيع - مرجع سابق - ص ٨٩ ، د/ رمضان على السيد الشرنباصي - حماية المستهلك في الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ١٥٢ .

(١) الكسائي - بدائع الصنائع - مرجع سابق - ج ٥ ص ٣٤٥ ، وانظر أيضا د/ مصطفى الزرقاء - الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد - مرجع سابق ج ١ ص ٣٧٧ ، د/ أحمد فراج حسين - الملكية ونظرية العقد في الشريعة - مرجع سابق ص ٣٢٨ ، د/ عبد المنعم فرج الصدة - نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - مرجع سابق - ص ٢٢٣ .

(٢) ابن قدامة - المغني - مرجع سابق - ج ٤ ص ٥٠٤ ، البهوتي - شرح منتهى الإرادات - مرجع سابق ج ٢ ص ١٧٣١ ، د/ على مرعي - بحوث في البيع - مرجع سابق ص ٩٠ .

## الفصل الثاني

حكم السكوت بمعنى الأثر المترتب عليه

## الفصل الثاني

### حكم السكوت بمعنى الأثر المترتب عليه

تمهيد وتقسيم :

تكلمنا فى الفصل السابق من هذا الباب عن حكم السكوت بمعنى وصفه الشرعي من حيث الوجوب، والحرمة، والكراهة، والندب، والإباحة، وهنا نود بيان حكمه بمعنى الأثر المترتب عليه. أى مدى دلالة السكوت على إرادة المكلف وأثر ذلك على تصرفاته والتزاماته، ومن ثم أثر ذلك على أحكام هذه التصرفات من حيث الجواز، أو الصحة والبطلان. فقد أشرنا قبل ذلك إلى انه قد يتم التعبير عن الإرادة — أحياناً — من خلال السكوت، والمراد بيان مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة وما يترتب على ذلك من أحكام.

وليس من قبيل المصادرة على المطلوب أن نحدد بداية أن السكوت فى ذاته بحسب الأصل — لا يعد وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة بصورها المختلفة فى مجال العقود والتصرفات. إلا أنه فى ظروف معينة قد يعد دليلاً وإظهاراً للإرادة وفى ذلك جاءت القاعدة الفقهية الجليلة التى لخصت قيمة السكوت ومدى دلالاته على الإرادة وحكم الأمر المسكوت عنه، فقد قررت هذه القاعدة أنه : " لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " .

وسوف نتناول — فيما يلي — مدى دلالة السكوت على الإرادة فى مجالاتها وصورها المختلفة من خلال تلك القاعدة التى تشتمل على الأصل وخلافه — أى الاستثناء عليه — فى دلالة السكوت.

وبناء على ذلك سنقسم هذا الفصل إلى المبحثين التاليين :

المبحث الأول : الأصل فى دلالة السكوت.

المبحث الثانى : الاستثناء على الأصل فى دلالة السكوت.

## المبحث الأول

### الأصل في دلالة السكوت

تمهيد وتقسيم :

أشرنا قبل ذلك إلى أن الفقهاء قد صاغوا قاعدة فقهية شهيرة تتعلق بمدى دلالة السكوت على الإرادة، تلك القاعدة هي : " لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان " . والشق الأول من هذه القاعدة : " لا ينسب إلى ساكت قول " هو بمنطوقه عبارة الإمام الشافعي — رحمه الله — ويتضمن المبدأ أو الأصل في دلالة السكوت على الإرادة.

وفي هذا المبحث نحاول دراسة الأصل في دلالة السكوت من خلال بيان المقصود بهذا الشق من القاعدة، وبيان دليله الشرعي، والأثر الفقهي المترتب عليه ، مع ذكر بعض التطبيقات العملية المتفرعة عليه في الفقه الإسلامي، ثم بيان موقف القانون الوضعي من ذلك :

وعلى ذلك سنقسم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين :

**المطلب الأول :** المعنى المقصود من قول الفقهاء " لا ينسب إلى ساكت قول " ودليله الشرعي.

**المطلب الثاني :** الأثر الفقهي المترتب على هذا القول وبعض التطبيقات العملية عليه.

**تعقيب :** موقف القانون الوضعي من الأصل في دلالة السكوت.



## المطلب الأول

معنى : لا ينسب إلى ساكت قول ودليله الشرعي

### الفرع الأول

المقصود بقول الفقهاء : " لا ينسب إلى ساكت قول "

يقصد الفقهاء بذلك أنه لا يقال لساكت إنه قال كذا، فالشخص الساكت الذى لم يصدر منه قول ولا فعل يدل على رضاه، أو عدم رضاه، لا يمكن أن يترجم سكوته هذا بموافقة أو عدمها، ولا يمكن أن ينسب إليه ما لم يقله بالظن والتخمين، أو بتوقع قوله ببيع شئ أو بالإذن فيه بالتصرف، أو بدفع تهمة، أو برفع حق وجب له، أو نحو ذلك من كل ما يعتمد على الإرادة ويستلزم إظهارها للوقوف على حقيقته<sup>(١)</sup>. ولكن من هو الساكت، وما هو السكوت المقصود فى هذا القول ؟

أولاً: المراد بالساكت :

والمراد بالساكت فى هذه القاعدة ، الشخص الذى يلتزم الصمت حيال أمر معين كان ينتظر منه إظهار إرادته المعتبرة نحو ذلك الأمر.

والفرض أن هذا الشخص قادر على التكلم، بحيث لا يمنعه مانع — مادي أو أدبي من الكلام أو التعبير عن إرادته<sup>(٢)</sup>.

كما يفترض كذلك علم هذا الشخص بالأمر المسكوت عنه، وهو محل السكوت وهو ذلك الأمر الذى يصلح لأن يتعلق به السكوت، وهو كل أمر عينه الشارع مما يصلح لتعلق إرادة الساكت به فينتج أثراً شرعياً فى حق الساكت، سواء أكان ذلك عقداً أم تصرفاً كالبيع والهبة والإذن والإجازة أو واقعة يربط عليها الشارع حقوقاً وأثاراً معينة، كالاستيلاء والنسب والغصب، والجوار، والحيازة وما إلى ذلك من الأمور التى تمس حقاً أو مركزاً للشخص الساكت، فلا بد أن يكون الساكت عالماً بالأمر المسكوت

---

(١) انظر على حيدر — درر الحكام شرح مجلة الأحكام — مرجع سابق — ج ١ ص ٥٩، الشيخ أحمد الزرقا — شرح القواعد الفقهية — مرجع سابق ج ١ ص ٢٧٣، د/ رمضان على السيد الشرنباصي — السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية — مرجع سابق ج ١٧، د/ محمود عبد الله العكازي — شرح القواعد الفقهية — مرجع سابق ص ٨٨، د/ أحمد محمد الحصري — القواعد الكلية للفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ٣٠٩، د/ محمد بكر إسماعيل — القواعد الفقهية بين الأصول والتوجيه — مرجع سابق ص ١٤٤.

(٢) راجع ما سبق فى تعريف السكوت.

عنه، الذى يفترض أن يكون أمراً يتعلق به حق له أو عليه، إذ لا يتصور أن يقال بأن الساكت قد رضى أو رفض أمراً ما، دون أن يكون عالماً بهذا الأمر ابتداءً، كما لا يتصور أن ينتظر من الساكت قبول أمراً ورفضه من غير أن يكون له علاقة به<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: السكوت المقصود من هذا الشق من القاعدة :

والسكوت المقصود من هذه القاعدة هو السكوت المجرد — أو البسيط — أى السكوت البحت الذى لا يصحبه قول ولا فعل من نحو كتابة أو إشارة، أو أى فعل يمكن من خلاله استنتاج الإرادة ، كما انه مجرد عن القرينة ، أى انه سكوت ساكن فى ظاهره وباطنه ولا تسمح ظروفه باستشفاف أية إرادة منه <sup>(٢)</sup>، وسواء أكان هذا السكوت حقيقة أم حكماً . كما سبق أن ذكرنا<sup>(٣)</sup>.

### والسكوت بهذا المعنى الذى حددناه يختلف عما يلي :

١- السكوت بهذا المعنى يختلف عن حالة التعبير عن الإرادة بالمعاطاة والى سبق أن علمنا أنها تقتضى البذل من الجانبين أو من جانب واحد حيث لم يكن السكوت بصدها سكوتاً مطلقاً، وإنما كان سكوتاً صاحبه فعل وحق البذل كما سبق أن ذكرنا<sup>(٤)</sup>.

٢- كما يختلف هذا السكوت أيضاً عن حالة التعبير عن الإرادة بطريق الدلالة الفعلية أو التعبير الضمنى، حيث إنه فى حالات التعبير بالدلالة يتم إظهار الإرادة من خلال فعل من الطرفين أو من أحدهما، وقد سبق أن تعرضنا لذلك بالتفصيل فى موضع سابق، وذلك من خلال ما عرضناه من بعض صور التعبير عن الإرادة بالدلالة، وهنالك ظهر لنا انه فى تلك الصور ومثيلاتها يتم التعرف على الإرادة من خلال فعل معين ، لا من خلال مجرد السكوت، وذلك كأن يستفاد الإيجاب من عرض البائع للسلع بأثمانها، أو يستفاد القبول من تصرف من وجه إليه

---

(١) راجع د/ وحيد الدين سوار — التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ٣١، عبد القلندر محمد قحطان — السكوت المعبر عن الإرادة وأثره فى التصرفات — مرجع سابق ص ٨٨٢ ، ص ٨٨٥.

(٢) انظر د/ وحيد الدين سوار — التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ٢٦٤  
د/ ثروت فتحى إسماعيل — صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة — مرجع سابق ص ٨٦، د/ جلال الحوي — أصول الالتزامات — مصادر الالتزام — مرجع سابق ص ٩١.

(٣) راجع ما سبق فى شرح تعريف السكوت.

(٤) راجع ما سبق فى التمييز بين السكوت والمعاطاة.

الإيجاب فى شئ عرض عليه ليشتره، أو أن يستفاد فسخ البيع من البائع بشرط الخيار من خلال تصرفه فى الشئ المبيع، وهكذا، إلى غير ذلك من صور التعبير دلالة التى يستدل على الإرادة من خلال ما يصاحبها من أفعال، وهذا بالطبع غير السكوت الذى معنا والذى تشير إليه القاعدة فى شقها الأول فهو سكوت مجرد غير مصحوب بفعل من هذه الأفعال يستدل من خلاله على الإرادة<sup>(١)</sup>.

٣- كما يختلف السكوت بهذا المعنى عن السكوت الذى يمكن أن يعبر عن الإرادة من خلال ما يحيط به من قرائن أو ظروف معينة تعطي دلالة لهذا السكوت وهو ما يعرف فى القانون الوضعي وفقهه بالسكوت الملايس، كما يختلف عن السكوت التى تتحدد دلالاته بالنص، أو العرف أو الاتفاق الذى سنبينه فى موضع لاحق.

نخلص مما سبق إلى أن السكوت المقصود فى هذه القاعدة هو السكوت المجرد عن القول والفعل أو القرينة، أو النص أو العرف أو الاتفاق الذى يمكن من خلاله تحديد دلالاته. هذا السكوت يشترط فيه أن يكون صادرا من شخص قادر على التكلم، عالم بالأمر المسكوت عنه معنى به.

---

(١) راجع ما سبق فى صور التعبير بطريق الدلالة - د/ عبد الرزاق حسن فرج - دور السكوت فى التصرفات القانونية - مرجع سابق ص ٥٩.

## الفرع الثاني

### دليل هذا القول

سبق أن علمنا أن الشق الأول من القاعدة : " لا ينسب إلى ساكت قول " والمتضمن للمبدأ العام في دلالة السكت هو في أصله عبارة الإمام الشافعي - رحمه الله - .

هذا القول يستند إلى عمومات النصوص الشرعية من القرآن الكريم والسنة النبوية التي تنهي عن أكل أموال الناس بالباطل ، وتحرم الاعتداء على الأموال والدماء والأعراض، وتوجب أن يكون ذلك عن تراض وطيب نفس . كما يستند أيضاً إلى المعقول.

من هذه النصوص - من القرآن الكريم - قوله تعالى : " ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل " <sup>(١)</sup> ، وقوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم " <sup>(٢)</sup>.

ومن السنة النبوية قوله - صلى الله عليه وسلم - : " كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه " <sup>(٣)</sup>.

وقوله - صلى الله عليه وسلم - : " إن لماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام " <sup>(٤)</sup>.

وقوله - صلى الله عليه وسلم - : " لا يحل مال المسلم إلا عن طيب نفسه " <sup>(٥)</sup>.

---

(١) سورة البقرة ، آية [١٨٨] .

(٢) سورة النساء ، آية [٢٩] .

(٣) مسلم - صحيح مسلم - مرجع سابق - ج٤ كتاب البر والصلة سنة ١٩٨٦ ، حديث رقم ٢٥٦٤ .

(٤) هذا طرف من حديث طويل في حجة الوداع - رواه البخاري ومسلم فتنر : ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق ج٣ ص ٧٠١ ، كتاب الحج ، ومسلم - صحيح مسلم - مرجع سابق ج٣ ص ١٣٠٦ كتاب القسامة - باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال - وفي صحيح مسلم أيضاً ج٢ ص ٨٨٩ ، كتاب الحج - ونص فيه على الدماء والأموال فقط كما في البخاري ، الصنعاني ، سبيل السلام - مرجع سابق ج٣ ص ٩٠٨ .

(٥) ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق - ج١٢ ص ٤٠٩ ، كتاب الحيل ، الصنعاني - سبيل السلام ج٣ ص ٨٨٦ ، وجاء في سبيل السلام للصنعاني ، قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - " لا يحل لإمرء مسلم أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفس منه " . ج٣ ص ٨٨٦ ==

إلى غير ذلك من الأحاديث النبوية التي توجب أن يتم بذل المال عن تراضٍ سواء أكان ذلك في بيع أم غيره (١).

وجه الدلالة من هذه النصوص :

هذه النصوص — متضاربة — تدل على حرمة الأموال — المملوكة — وتحريرهم الاعتداء عليها وأكلها بالباطل ، أى بغير حق — وهذا يدخل فيه القمار والخداع والغصب ، وجدد الحقوق ، وما لا تطيب به نفس مالكة (٢).

وأن هذه النصوص قيدت التجارة وانتقال الأموال بين الناس بالتراضي (٣).

فمن أخذ مال غيره لا على وجه إذن الشرع فقد أكله بالباطل ، واعتدى عليه وانتهك ما حرم الله. فليس لأحد أن يحل ما حرم الله تعالى من ماله إلا بالوجه الذى أباحه نص القرآن أو السنة النبوية وهو الرضا (٤).

ولما كان الرضا أمراً خفياً وضميراً قلبياً لا يطلع عليه اقتضت الحكمة رد الخلق إلى مرد كلي ، وضابط جلي، يستدل به عليه، وهو النطق، وما يقوم مقامه فى ذلك (٥) من كتابة أو إشارة ، أو فعل من معاطاة أو غيرها مما جرت العادة الصحيحة

---

== وتلك أدلة عامة يخرج من عمومها أشياء كثيرة كأخذ الزكاة كرهاً والشفعة وإطعام المفطر ، ونفقة القريب المعسر والزوجة وكثير من الحقوق المالية التى لا يخرجها المالك برضاه فإنها تؤخذ منه كرهاً.

(١) من ذلك ما روي أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : " إنما البيع عن تراض " أخرجه ابن حبان وابن ماجه - انظر الصنعاني - سبل السلام - مرجع سابق - ج ٣ ص ٧٨٧ ، كتاب البيوع ، ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق - ج ٤ ص ٣٥٢ كتاب البيوع.

(٢) أو حرمة الشريعة وإن طابت به نفس مالكة ، كمهر البغي ، وحلوان الكاهن ، وأثمان الخمر والخنازير ، وغير ذلك . انظر - القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - مرجع سابق - المجلد الأول - ج ٢ ص ٣١٥ ، ابن كثير - تفسير القرآن العظيم - مرجع سابق - المجلد الأول - ص ٤٧٩ .

(٣) ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق - ج ٤ ص ٣٥٢ ، كتاب البيوع .

(٤) انظر : ابن حزم - المحلى - مرجع سابق - ج ٨ ص ٢٣٥ ، القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - مرجع سابق - المجلد الأول - ج ٢ ص ٣١٥ ، المجلد الثالث - ج ٥ ص ١٣٢ ، د/ على محمد الصابوني - صفوة التفاسير - مرجع سابق - ج ٢ ص ١٠٠٩ .

(٥) الزنجاني - تخريج الفروع على الأصول - مرجع سابق - ص ١٤٣ ، الصنعاني - سبل السلام - مرجع سابق - المجلد الثاني - ص ٧٨٧ .

على استنباط الرضا منها على نحو ما بينا سابقاً<sup>(١)</sup>.

وعلى ذلك : فإن السكوت بمجرد لا يكفي دليلاً للرضا الذي هو الأصل الذي تبنى عليه العقود والتصرفات عامة، ولا شك في أن انتزاع الرضا من سكوت مجرد غير مصحوب بقول ولا فعل — ونسبة قول أو فعل إلى شخص ساكت لم يقله، ولم يفعله، فيه نوع من الظلم والافتراء والضرر، وكل ذلك منهي عنه بنصوص الشرع.

ولهذا يقول الإمام الماوردي — رحمه الله — : " من نسب إلى ساكت قولاً أو اعتقاداً فقد افترى عليه " <sup>(٢)</sup>. ويقول الإمام الشافعي — رحمه الله — : " لا ينسب إلى ساكت قول قائل ولا عمل عامل، إنما ينسب إلى كل قوله وعمله " <sup>(٣)</sup>. وذلك تجنباً للوقوع في ما نهى الشارع عنه من الظلم والافتراء والضرر.

وهذه النصوص ليست خاصة في الأموال، وإنما ينطبق حكمها في كل حالة يكون للإرادة دور فاعل فيها ويلزم التعرف على الإرادة بشأنها في مجال الأموال وفي غيرها على حد سواء.

ولذلك، فقد استدل بها الظاهرية على أن السكوت لا يعتد به بوصفه وسيلة للتعبير عن الإرادة ولا يعد رضا إلا في حالتين ذكرهما ابن حزم في قوله: " والسكوت ليس رضى إلا من اثنين فقط، أحدهما: رسول الله — صلى الله عليه وسلم — المأمور بالبيان.. الثاني: البكر في نكاحها للنص الوارد في ذلك " <sup>(٤)</sup>. وسنبين ذلك في موضع لاحق.

وأما دليل هذا القول من المعقول فمن وجهين :

---

(١) سبق أن ذكرنا في التمييز بين السكوت وما يشتبه به من وسائل التعبير عن الإرادة أن الأصل في ذلك هو اللفظ أو القول وينوب عنه في ذلك الكتابة والرسالة والإشارة والمعاطة — عند الجمهور — والدلالة — راجع ما سبق في التمييز بين السكوت وما يشتبه به.

(٢) الماوردي — الحاوي الكبير — مرجع سابق — ج١٦ ص ١١١، كتاب أدب القاضي .

(٣) الإمام الشافعي — الأم — مرجع سابق — ج ١ ص ١٥٢.

(٤) انظر : ابن حزم — المحلى — مرجع سابق — ج٧ ص ٢٣٥.

كما استدل بها الشافعية أيضاً على نبذ المعاطة وسيلة للتعبير عن الإرادة وعدم صلاحيتها لإفادة الرضا برغم اشتغالها — المعاطة — كما علمنا سابقاً — على فعل وهو البذل من الجانبين أو من أحدهما، ولذا فإن الاستدلال بها على دلالة السكوت نفسها — غير المصحوب بقول ولا فعل — أولى وأبلغ . انظر للزنجاني — تخريج الفروع على الأصول — مرجع سابق ص ١٤٣، د/وحيد الدين سوار التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ٢٦٥.

**الأول :** فلأن السكوت المجرد — المقصود فى هذا الشق من القاعدة — دلالة على الإرادة — فى مختلف مجالاتها — محتملة، والمحمّل لا يكون حجة<sup>(١)</sup>. أما كون دلالاته محتملة، فلأن السكوت قد يكون نتيجة عدم الانتباه، أو الشرود، أو عدم الإكتراث أو الاستهزاء أو الاستغراب، أو الموافقة، أو الرفض، أو الإنكار إلى غير ذلك من المعاني<sup>(٢)</sup> التى تتردد دلالة السكوت بينها، والتى يصعب الركون إلى أحدها من غير فعل أو قرينة، أو عرف يرجحها، ويفسر هذا السكوت على نحو معين.

جاء فى المبسوط فى هذا المعنى : \* إن سكوت المالك — حين يرى الغير يبيع ملكه — محتمل، قد يكون بطريق الرضا، وقد يكون بطريق التهاون وقلة الالتفات إلى تصرف الفضولي، وقد يكون بطريق التعجب.. والمحمّل لا يكون حجة \*<sup>(٣)</sup>.

ونقل عن الإمام الشافعي أيضا : \* .. لا يكون سكوت المولى حيث يرى عبده يبيع ويشترى — إذنا له، لأن سكوته يحتمل أن يكون للرضا بتصرفه، وأن يكون لفطر غيظه، والمحمّل لا يكون حجة \*<sup>(٤)</sup>.

وأما كونه غير حجة، فلأنه مع تعدد احتمالات أسباب التزامه — السكوت أو الموقف السلبي البحث — وصعوبة تحديد أحدها على جهة القطع واليقين تكون دلالاته ظنية لا يعتد بها دليلا على الإرادة فى أى صورة من صورها، موافقة ورضا أو رفضا وإنكارا، أو إقرارا، أو إنفا، أو إجازة إلى غير ذلك من صور الإرادة؛ لأن ذلك سيكون محض افتراض مجرد عن أى أساس، ومن ثم يمكن أن تسّحل الأموال والأعراض، والدماء على غير إذن الشرع سيما أن هذا الشخص — الساكت — لديه مكنة التعبير عن إرادته حيال الأمر المسكوت عنه من خلال قول أو فعل.

---

(١) ابن قدامة المقدسى — الشرح الكبير — مرجع سابق جـ ٤ ص ٢٢٤، الزنجاني — تخريج الفروع على الأصول — مرجع سابق ص ٢٤٣.

(٢) انظر فى ذلك د/ صبحي محمصاني — النظرية العامة للعقود فى الشريعة الإسلامية — ج ٢ ص ٥٤، د/ وحيد الدين سوار — التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى — مرجع سابق — ص ٢٦٥ د/ رمضان على السيد الشرنباصى — السكوت ودلالاته على الأحكام الشرعية — مرجع سابق ص ١٧ د/ ثروت فتحى إسماعيل — صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة — مرجع سابق ص ٨٩، د/ على محي الدين القرّة داغي — مبدأ الرضا فى العقود — مرجع سابق ص ١١٥٥، د/ عبد الرزاق حسن فرج — دور السكوت وأثره فى التصرفات القانونية — مرجع سابق ص ٣٩، د/ محسن البيه — مشكلتان متعلقتان بالقبول و السكوت والإذعان — مرجع سابق ص ١١٨.

(٣) السرخسي — المبسوط — مرجع سابق جـ ٣ ص ١٤٠.

(٤) مشار إليه عند د/ وحيد الدين سوار — فى التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ٢٦٥، د/ عبد الرزاق حسن فرج — دور السكوت وأثره فى التصرفات القانونية — مرجع — ص ٤٠.

وفى هذا يقول الإمام ابن نقيم : " إن الله تعالى .. رتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ - وما يقوم مقامها - ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما فى النفوس من غير دلالة فعل أو قول .. " (١).

فهما يكن من التساهل فى استخلاص هذه الإرادة، فلا شك أن هذا التساهل لا يصل إلى الحد الذى يعد فيه امتناع الشخص عن إيداء رضائه - صراحة أو دلالة - رضاء منه، ولو أخذنا بذلك جعلنا كثيرا من الناس يرتبطون بعقود لا يرتضون بها ولكنهم لم يجدوا ما يقتضى أن يكلفوا أنفسهم عناء رفضها، أو وجدوا مانعا أدبيا من المجابهة بالفرض فلزموا الصمت، فتصبح الروابط الإنسانية عرضة للتقليل والاضطراب، ولكان فى ذلك حرج وعنت شديد على الناس (٢).

الثاني : أنه لما كان عدم القول هو المتيقن، ودلالة السكوت مشكوك فيها، فإنه يصار إلى اليقين ولا يلتفت إلى الشك، ومن هنا كان قول الفقهاء : " لا ينسب إلى ساكت قول " وهو وثيق الصلة بالقاعدة الأساسية الشهيرة : " اليقين لا يزول بالشك " (٣).

وبذلك: فإن مبدأ عدم الاعتداد بالسكوت المجرد هو بمثابة استصحاب لحالة الشخص الساكت ، ومن ثم فلا ينسب إليه قول لم يقله، أو فعل لم يفعله، وفى ذلك يقول الإمام الزركشي : " حيث قلنا لا ينسب له قول فلا ينسب له فعل " (٤).

والحكمة التشريعية من هذا القول .. المحافظة على الأموال والأعراض والدماء وحماية المتعاقدين وضمان الاستقرار فى التعامل بين الناس.

---

(١) انظر : ابن القيم - إعلام الموقعين - مرجع سابق ج٣ ص ١٠٥.

(٢) انظر : د/ عبد الرزاق السنهوري - النظرية العامة للعقود - نظرية العقد - مرجع سابق ص ١٥٧، د/ عبد المنعم فرج الصدة - نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - مرجع سابق ص ١٧٢.

(٣) انظر د/ على أحمد الندوي - القواعد الفقهية - مرجع سابق ص ٤٥٥.

(٤) الزركشي - المنثور فى القواعد - مرجع سابق ج ٢ ص ٢٠٩.



## المطلب الثاني

### الأثر الفقهي المترتب على هذا القول وبعض التطبيقات عليه

#### الفرع الأول

##### الأثر الفقهي

يترتب على قول الفقهاء : " لا ينسب إلى ساكت قول " مبدأ فقهي مهم وهو :  
"أن السكوت - بذاته - لا يصلح وسيلة للتعبير عن الإرادة " . ذلك ، لأن السكوت المقصود هنا - كما بينا سابقا - هو السكوت المجرد عن القول ، والفعل ، والقرينة . ولذا ، كان إجماع الفقهاء على أن هذا السكوت لا يعتد به وسيلة للتعبير والإفصاح عن الإرادة ، وهذا هو الأصل في دلالة السكوت<sup>(١)</sup> .

وبناء على ذلك ، فإنه لا يصح عد هذا السكوت - المجرد - دليلا على الإيجاب أو القبول بصدد إنشاء عقد من العقود<sup>(٢)</sup> .

كما لا يمكن عده إننا ولا إجازة ، ولا إبراء ، ولا غير ذلك من صور الإرادة ، ذلك لأن تلك الإرادة - كما سبق أن ذكرنا - أمر باطني خفي ، يلزم التعبير عنه بإحدى الوسائل المعتمد بها شرعا .

---

(١) انظر في ذلك على سبيل المثال د/ صبحي محمدي - النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية - مرجع سابق ج٢ ص ٥٢ ، ولميادته أيضا - فلسفة التشريع في الإسلام - مرجع سابق ص ٢٨٥ ، د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادر الالتزام - مرجع سابق ص ٢٢١ ، النظرية العامة للالتزامات - نظرية العقد - مرجع سابق ص ١٥٧ ، د/ وحيد الدين سوار - التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٢٦٤ ، د/ عبد المجيد الحكيم الوسيط في نظرية العقد - مرجع سابق ج١ ص ١٤٩ ، د/ عبد الرزاق حسن فرج - دور السكوت في التصرفات القانونية - مرجع سابق ص ٣٤ ، د/ علي حسب الله - أصول التشريع الإسلامي - مرجع سابق ص ٣٣٠ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد والإرادة المنفردة - مرجع سابق ص ١٠١ ، د/ محسن البيه - مشكلتان متعلقتان بالقبول - السكوت والإذعان - مرجع سابق ص ٥٢ ، د/ علي محي الدين القرة داغي - مبدأ الرضا في العقود - مرجع سابق ص ١١٦٥ ، د/ عبد المنعم فرج الصدة نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - مرجع سابق ص ١٧٢ ، د/ عبد القادر محمد قحطان - السكوت المعبر عن الإرادة - مرجع سابق ص ١٠٨ ، د/ مصطفى محمد الجمال القانون المدني في توبه الإسلامي - مصادر الالتزام - مرجع سابق ص ٦٧ ، د/ عبد الوود يحيي الموجز في النظرية العامة للالتزامات - مرجع سابق ص ٤٢ .

(٢) وسوف نبين ذلك بشئ من التفصيل في موضع لاحق من البحث .

والسكوت المجرد — باتفاق الفقهاء — ليس من بين هذه الوسائل التي يتم من خلالها التعبير عن الإرادة التي هي قوام العقود والتصرفات كافة ، نظرا لما سبق أن ذكرنا من أن دلالاته إحصائية غير واضحة ومن ثم لا يكون حجة<sup>(١)</sup>.

ولكن إذا كان السكوت المجرد ليس من وسائل التعبير عن الإرادة على نحو ما بينا، فهل هذا يعني أنه عدم؟

يرى بعض فقهاء القانون الوضعي أن السكوت المجرد هو العدم، والعدم لا ينتج إلا عدا، وعليه فهو لا يمكن أن يفيد شيئا إيجابيا، فإذا أفاد شيئا، فالأصل أن يفيد الرفض لا القبول<sup>(٢)</sup>.

وفي هذا التصوير للسكوت المجرد خلط — كما يرى بعض الباحثين بحق — من حيث أنه ربط بين كون السكوت عدما، ودلالته على الرفض، ورتب الثاني على الأول في حين أن العدم المحض لا يترتب عليه دلالة على الرفض أو القبول<sup>(٣)</sup>.

ويبدو لي أن القول بأن السكوت المجرد عدم هو قول غير مسلم به وذلك لما يلي:  
أولا: أن السكوت — بذاته — تتعلق به الأحكام الشرعية، أي خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاختصاص أو التخيير أو الوضع<sup>(٤)</sup>.

---

(١) يلاحظ أن عدم الاعتداد بالسكوت على هذا النحو يخالف ما جاء في الأمثال الدارجة في الشرق والغرب. من أن "السكوت رضا" وأن "السكوت رد الجواب" وأن "من لم يقل شيئا فقد رضى"، وأنه "إذا كان الكلام من فضة فالسكوت من ذهب"، فهذه الأمثال قد جمعت السكوت وأعطت له معنى ومنزى، إلا أن ذلك لا يصدق دائما في المسائل الشرعية في معاملات مالية أو غير مالية. انظر د/ عبد الرزاق السنهوري — شرح القانون المدني — للنظرية العامة للالتزامات — نظرية العقد — مرجع سابق جـ ١، ص ١٥٧، د/ صبحي محمضاني — للنظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية — مرجع سابق ص ٥٢.

(٢) راجع في ذلك د/ عبد الرزاق السنهوري — الوسيط في شرح القانون المدني — مصادر الالتزام مرجع سابق ص ٢٢١، ولسيادته كذلك: شرح القانون المدني — نظرية العقد — مرجع سابق ص ١٥٧، د/ عبد المجيد الحكيم — الوسيط في نظرية العقد — مرجع سابق — جـ ١ في انعقاد العقد مرجع سابق ص ١٤٩، د/ عبد الهادي العطافي — صور من طرق التعبير عن الإرادة — مرجع سابق ص ٨٨، د/ عبد الرحمن عياد — أساس الالتزام العقدي — مرجع سابق ص ٣٩، د/ أنور سلطان الموجز في مصادر الالتزام — مرجع سابق ص ٦٣، د/ محسن اللبيه — مشكلتان متعلقتان بالقبول مرجع سابق ص ٥٢، د/ نبيل إبراهيم سعد — النظرية العامة للالتزام — مرجع سابق — جـ ١ ص ٩٧.

(٣) انظر د/ علي محي الدين القرعة داغي — مبدأ الرضا في العقود — مرجع سابق ص ١١٧٢.

(٤) سبق أن ذكرنا تعريف الحكم الشرعي بنوعيه التكليفي والوضعي — راجع ذلك في حكم السكوت.

فالسكوت بوصفه فعلا للمكلف<sup>(١)</sup> يتعلق به خصاب الشارع على جهة الطلب أو التخيير أو الوضع ، أى تتأوله الأحكام التكليفية والوضعية، لذلك، فقد علمنا أن السكوت مباح فى الأصل إلا أنه قد يكون واجبا أو محرما، أو مكروها، أو مندوبا وذلك بحسب الأمر المسكوت عنه محل السكوت<sup>(٢)</sup>.

كما أن السكوت قد يترتب عليه بعض الأحكام التكليفية كتحريم انتقال المال استنادا إلى رضا مزعوم من مجرد السكوت.

كما أن السكوت قد يكون علامة، أو أمانة على صحة العقود والتصرفات أو بطلانها<sup>(٣)</sup>، وسوف يتضح ذلك من خلال ما سنعرضه لاحقا من بعض التطبيقات العملية على السكوت المجرد فى الفقه الإسلامى، إذ لا يصح العقد، ولا التصرف اعتمادا على مجرد السكوت. وهذا يعنى عدم صحة القول بأن السكوت عدم.

ثانياً: أن السكوت قد تستشف منه الإرادة من خلال نص، أو عرف، أو قرينة كما سنرى بعد ذلك.

ومعلوم أن الإرادة شئ داخلى ذاتى للإنسان مرتبط به، فلا يمكن استشفافها إلا من خلال أموره الذاتية المتصلة به، ففعل الغير لا يمكن أن يكون تعبيراً عن إرادة الآخر لكن يمكن أن يكون قرينة توصل إلى تلك الإرادة.

وفى هذه الحالات يتكون للسكوت وجود يجعله صالحاً لأن يكون علامة على تلك الإرادة.

ومن ثم لا يمكن القول بأن السكوت عدم محض، فالسكوت المجرد هو عدم القول والفعل الظاهري، وليس عدم الوجود البتة<sup>(٤)</sup>.

ولذلك، فقد ذكرنا فى تبرير عدم دلالة السكوت على الإرادة. أن دلالة احتمالية

---

(١) سبق أن ذكرنا أن السكوت بعد فعلاً من أفعال المكلفين التى يتعلق بها خطاب الله تعالى - راجع ما سبق فى حكم السكوت.

(٢) راجع ما سبق - فى حكم السكوت.

(٣) ومعلوم أن الصحة والبطلان من أقسام الحكم الوضعي والشرعي.

(٤) فى هذا المعنى انظر : د/ على محي الدين القرة داغى - مبدأ الرضا فى العقود - مرجع سابق ص ١١٧١-١١٧٢.

صية لتردها بين أكثر من معنى، وبالتالي لا يكون حجة. ونم نقل انه عدم<sup>(١)</sup>.  
وذلك لأنه حين يوجد نص أو عرف أو قرينة ترجح أحد هذه المعاني المتعددة  
له أمكن التعويل عليها في استنتاج الإرادة.

ثالثاً: وقد يكون السكوت دليلاً على الإنكار للسؤال نفسه كسكوته - صلى الله عليه وسلم - عندما يسأل عما لا ينبغي امتثالاً لقوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم ، وإن تسألوا عنها حين ينزل القرآن تبد لكم عفا الله عنها " <sup>(٢)</sup>. ومنه أيضاً سكوته - صلى الله عليه وسلم - عن الأقرع بن حابس :  
فقد تلا عليهم النبي - صلى الله عليه وسلم - قوله تعالى : " والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً " فقال الأقرع: أفي كل عام يا رسول الله ؟ فأعرض النبي عنه وسكت حتى سأله ثلاثاً - فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - والذى نفسي بيده: لو قلت نعم لوجبت ولما استطعتم <sup>(٣)</sup>.

رابعاً: وقد يكون السكوت أحياناً جواباً. فمن استأذن النبي - صلى الله عليه وسلم - في فعل شيء فسكت النبي - صلى الله عليه وسلم - عن الإذن له دل ذلك على عدم الإذن ومن ذلك ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه حيث قال : " قلت يا رسول الله : إني رجل شاب ، وإني أخاف على نفسي العنت ولا أجد ما أتزوج به النساء" زاد في رواية : فأذن لي أن أختص فسكت عني ثم قلت ذلك فسكت عني ثم قلت مثل ذلك فسكت عني ثم قلت مثل ذلك فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - يا أبا هريرة جف القلم بما أنت لاقى فاختص على ذلك أو زد . قال ابن حجر : "فيه من الفوائد - جواز السكوت عن الجواب لمن يظن انه يفهم المراد من مجرد السكوت " <sup>(٤)</sup>.

(١) راجع ما سبق - في الدليل على عدم صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة بالمعقول ما ذكرناه في تبرير عدم صلاحية السكوت هو ما قاله كثير من الفقهاء للمسلمين من القدامى والمعاصرين منهم على سبيل المثال : ابن قدامة المقدسي - الشرح الكبير - مرجع سابق جـ ٤ ص ٢٢٤ ، وهو رأى الإمام الشافعي أيضاً. أنظر: للزنجاني - تخریج الفروع على الأصول - مرجع سابق - ص ٢٤٣ ، السرخسي - المبسوط - مرجع سابق - ج ٣ ص ١٤٠ ، د/ صبحي محمصاني - النظرية العامة للموجبات والعقود - مرجع سابق ج ١ ص ٥٢ ، د/ ثروت فتحی إسماعيل - صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة - مرجع سابق - ص ٨٩ ، د/ رمضان على السيد الشرنباصي - السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية - مرجع سابق - ص ١٦٦ .

(٢) سورة المائدة ، آية [١٠١] .

(٣) الشوكاني - نيل الأوطار - مرجع سابق - ج ٤ ص ٣١٤ ، مشار إليه عند د/ رمضان الشرنباصي - في السكوت - مرجع سابق ص ٤٢ .

(٤) ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق ج ٩ - ص ١٠٢ مشار إليه عند د/ رمضان الشرنباصي - في السكوت - المرجع السابق - ص ٤٣ .

## الفرع الثاني

### بعض التطبيقات العملية على الأصل في دلالة السكوت

انتهينا فيما سبق إلى أن السكوت المجرد ليس وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة. وهذا هو الأصل في دلالة السكوت، والمستفاد من قول الفقهاء : " لا ينسب إلى ساكت قول " .

ويتفرع على ذلك كثير من المسائل الفقهية — في أبواب الفقه المختلفة — التي تعد تطبيقات عملية على هذا الأصل.

وهذه الفروع الفقهية بعضها محل اتفاق، وبعضها محل خلاف بين الفقهاء، بحسب نظرتهم للسكوت، وتحديد نوعه من حيث كونه سكوتا مجردا أو سكوتا يحيط به ما يخلع عليه دلالة معينة على الإرادة<sup>(١)</sup>.

ونشير إلى أن هذه الفروع، غير واردة على سبيل الحصر، وإنما على سبيل المثال، حتى يقاس عليها غيرها من المسائل التي تتفق معها ، وهي التي يكون السكوت فيها مجردا.

ونسوق فيما يلي بعضا من هذه المسائل على سبيل المثال:

---

(١) الخلاف بين الفقهاء في بعض تطبيقات السكوت ليس خلافا في دلالة السكوت المجرد. فهذا بإجماع الفقهاء لا دلالة له على الإرادة في أى صورة من صورها، وإنما الخلاف في بعض هذه المسائل حول عد السكوت بصدها سكوتا مجردا ، أو سكوتا يحيط به ما يمكن استنتاج الإرادة من خلاله.

## ١- المسألة الأولى

### السكوت عند بيع الفضولي

وهذه المسألة ذكرها ابن نجيم في كتابه الأشباه والنظائر حيث ذكر أنه :  
" لا ينسب إلى ساكت قول " فلو رأى أجنبيا يبيع ماله فسكت ولم ينهه لم يكن وكيفا  
بسكوته. ولو رأى المالك رجلا يبيع متاعه وهو حاضر ساكت لا يكون في رضا <sup>(١)</sup> .

كما وردت بمجلة الأحكام العدلية <sup>(٢)</sup> كما ورد النص عليها أيضا في بعض كتب  
الفقه الإسلامي الأخرى <sup>(٣)</sup> .

والفضولي في اللغة هو من يشتغل بما لا يعنيه ، ولا يخصه <sup>(٤)</sup> .

والفضولي في الفقه الإسلامي . " هو من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي  
وليست له ولاية إصداره <sup>(٥)</sup> .

---

(١) انظر : ابن نجيم - الأشباه والنظائر - مرجع سابق - ص ١٥٤ ، الحموي - غمر عيون البصائر  
مرجع سابق - ج ١ ص ٤٣٨ .

(٢) انظر/ على حيدر - درر الحكام شرح مجلة الأحكام - مرجع سابق ج ١ ص ٥٩ ، م " ٦٧ حيث أورد  
هذه المسألة مثالا تطبيقيا على الشطر الأول من القاعدة : " لا ينسب إلى ساكت قول " . فذكر أنه : إذا  
باع شخص مال غيره على مرأى ومسمع منه وسكت عن عمله ، أي لم ينهه عن البيع فلا يعد هذا  
السكوت من صاحب المال رضاء منه بالبيع ، أو إجازة له ، كذا إذا أخبر شخص صاحب مال بأن شخصا  
باع ذلك المال من آخر فسكت صاحب المال فلا يعد سكوته إجازة لبيع الفضولي " . انظر : كذلك سليم  
رستم باز - شرح المجلة - مرجع سابق ص ٤٧ .

(٣) ففي المجموع للنووي : " إذا باع إنسان سلعة وصاحبها حاضر ساكت لم يأذن ولم يتكلم لم يصح البيع  
عندنا " . انظر النووي - المجموع - مرجع سابق ج ٩ ص ٢٨٧ ، وفي المحلي لابن حزم الظاهري "   
ولا يحل لأحد أن يبيع مال غيره بغير إذن صاحب المال فإن وقع فسخ أبدا " سواء أكان صاحب المال  
حاضرا يرى ذلك ، أم غائبا ولا يكون سكوته رضا بالبيع ، انظر ابن حزم المحلي - مرجع سابق ج ٨  
ص ٢٣٤ .

(٤) الفيومي - المصباح المنير - مرجع سابق - ج ١ ص ١٣١ ، ابن نجيم - البحر الرائق - الطبعة  
الأولى - المطبعة العلمية - بدون تاريخ ج ٦ ص ١٦٠ .

(٥) انظر في تعريف الفضولي - ابن نجيم - البحر الرائق - مرجع سابق ج ٦ ص ١٦٠ ، علي حيدر  
درر الحكام شرح مجلة الأحكام - مرجع سابق ج ١ ص ٦٥ م " ١١٢ " ، الجرجاني - التعريفات  
ص ٢١٥ ، د/ محمد مصطفى شلبي - نظام المعاملات في الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٣٤٨  
د/ علي الخفيف - أحكام المعاملات الشرعية - مرجع سابق ص ٢٩٠ ، د/ محمد سلام منكور  
الوجيز للمدخل للفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٢٢٤ ، د/ محمد يوسف موسى - الأموال ونظرية  
العقد في الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٨٠ ، د/ أحمد فراج حسين - الملكية ونظرية العقد - مرجع  
سابق ص ٢٩٠ ، د/ محمد سراج - نظرية العقد في الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ١٦٨ ، د/ جابر ==

فالذي يبيع مال غيره، أو يؤجره أو يزوج غيره من غير أن يكون له ولاية شرعية عليه، أو وكالة صادرة منه يكون فضوليا، ويسمى تصرفه فضالة وهي وإن كانت جارية في كل العقود والتصرفات، فإننا سنقتصر على بيع الفضولي، بوصفه موضوع المسألة محل البحث، ولأن ما سواه من العقود والتصرفات يأخذ حكمه في الجملة عند الفقهاء.

والمقصود بالفضولي في عقد البيع : " هو البائع مال غيره بغير إذنه ولا ولايته"<sup>(١)</sup>.

وبيع الفضولي — كسائر تصرفاته — محل خلاف بين الفقهاء، فمنهم من يرى بطلانه ابتداء فلا ينعقد، ولا يقبل الإجازة، وهم الظاهرية والشافعية في الجديد، والحنابلة في إحدى الروايتين، والإمامية والإباضية أيضا في قول<sup>(٢)</sup>.

ومنهم من يرى أنه — بيع الفضولي — ينعقد موقوفا على إجازة المالك، ذهب إلى

---

==عبد الهادي سالم — مجلس العقد — مرجع سابق ص ١٧٦، أ / أبتسام بديع السيد القرش — الإذن وأثره في المعاملات — رسالة قمت إلى كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات — جامعة الأزهر بالقاهرة لنيل درجة الماجستير سنة ٢٠٠١ ص ٤٢ د/ علي مرعي — بحث في البيع — مرجع سابق — ج ١ ص ١٥٤.

(١) انظر : الخطيب — مغني المحتاج — مرجع سابق — ج ٢ ص ١٥، ابن الوكيل — الأشباه والنظائر — مرجع سابق — ج ٢ ص ٨٩، د/ أحمد إبراهيم بك — كتاب المعاملات الشرعية — مرجع سابق ص ١٢٦ والفضولي في القانون هو " للشخص الذي يتولى عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك " . وهو مستنبط من نص المادة "١٨٨" من القانون المدني والخاصة بتعريف الفضالة : انظر د/ جلال العنوي — أصول الالتزامات — مصادر الالتزام — مرجع سابق ص ٥١٧ د/نبيل إبراهيم سعد — النظرية العامة للالتزامات — مرجع سابق — ج ١ ص ٥٢٣، د/ جابر عبد الهادي سالم — المرجع السابق ص ١٧٧.

(٢) انظر في ذلك : النووي — المجموع — مرجع سابق ج ٩ ص ٢٨٧، الخطيب — مغني المحتاج مرجع سابق — ج ٢ ص ١٥، ابن الوكيل — الأشباه والنظائر — مرجع سابق ج ٢ ص ٨٩، ابن حزم المحلي — مرجع سابق ج ٨ ص ٤٣٤، ابن مفلح — المبدع في شرح المقنع — مرجع سابق ج ١ ص ١٦، ابن رجب — القواعد في الفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ٤٥٢، العاملي الروضة البهية في شرح اللمعة التمشقية — مرجع سابق ج ٣ ص ٢٢٢، الكركي — جامع المقاصد في شرح القواعد — مرجع سابق ج ٤ ص ٦٨، الحلي — المختصر النافع في فقه الإمامية — مرجع سابق ص ١١٨، أطفيش — شرح كتاب النيل وشفاء العليل — مرجع سابق ج ٨ ص ٢٣١، ابن قدامة المقدسي — الشرح الكبير — مرجع سابق ج ٤ ص ٢٢٣، البيهوتي — الروض المربع — مرجع سابق ص ١٨٦.

ذلك الحنفية<sup>(١)</sup>، والمالكية<sup>(٢)</sup>، والشافعية فى القديم<sup>(٣)</sup>، والحنابلة فى رواية<sup>(٤)</sup> والإمامية فى قول<sup>(٥)</sup>. وهذا هو القول الراجح وهو أن بيع الفضولي ينعقد موقوفاً على إجازة المالك<sup>(٦)</sup>.

(١) انظر الكاساني - بدائع الصنائع - مرجع سابق - ج٤ ص ٢٢١، حيث جاء فيه " فلا ينفذ بيع الفضولي لاعتدام الملك والولاية، لكنه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك "، قاضيان - فتاوى قاضيان بهامش الفتاوى الهندية - مرجع سابق ج٢ ص ١٧٢، وجاء فيه " إذا باع الرجل مال الغير عندنا يتوقف البيع على إجازة المالك "، ابن نجيم - البحر الرائق - مرجع سابق ج٦ ص ١٦٠، محمد قدري باشا - مرشد الحيران - مرجع سابق - ص ١٠٠ م ٣٩٤ : " من باع ملك غيره لآخر بغير إذنه انعقد بيعه موقوفاً على إجازة المالك فإن أجاز نفذ وإلا بطل ".

(٢) انظر : الخطاب - مواهب الجليل - مرجع سابق ج٤ ص ٢٤٠، حيث جاء فيه : " وكذا بيع الفضولي يقف القبول على رضا ربه .. "، القرافي - الفروق - مرجع سابق - ج٣ ص ٢٤٠، الصاوي - بلغة السالك - مرجع سابق - ج٢ ص ٧، الدسوقي - حاشية الدسوقي - مرجع سابق - ج٣ ص ١٢ ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد - مرجع سابق ج٢ ص ٢١٩، الدردير - الشرح الصغير - مرجع سابق ج٣ ص ٥، ابن جزى القوانين الفقهية - مرجع سابق ص ١٦٣، الخرشي - شرح الخرشي - مرجع سابق ج٣ ص ٣٧٤.

ومحل ذلك - أى وقف العقد - إذا لم يكن البيع بحضرته وإلا كان البيع لازماً من جهته - المالك أيضاً.

(٣) الخطيب - مغني المحتاج - مرجع سابق - ج٢ ص ١٥ حيث جاء فيه : " ... فيبيع الفضولي باطل وفى القديم موقوف إن أجاز ماله نفذ ، وإلا فلا " ، وانظر : ابن الوكيل - الأشباه والنظائر - مرجع سابق - ج٢ ص ٨٩.

(٤) انظر - ابن قدامة المقدسي - الشرح الكبير - مرجع سابق ج٤ ص ٢٢٣، فقد جاء فيه : " .. فإن باع ملك غيره بغير إذنه .. لم يصح ، وعنه يصح ويقف على إجازة المالك " . ابن مفلح - المبدع مرجع سابق - ج٤ ص ١٦.

(٥) انظر : الحلي - المختصر النافع فى فقه الإمامية - مرجع سابق ص ١١٨، فقد جاء فيه " ولو باع الفضولي قولان - أشبههما وقوفه على الإجازة " ، وجاء فى جامع المقاصد أيضاً : " فيبيع الفضولي موقوف على الإجازة على رأى .. والأصح أن الفضولي موقوف غير باطل " . أنظر الكركي - جامع المقاصد - مرجع سابق - ج٤ ص ٦٨.

(٦) الكاساني - بدائع الصنائع - مرجع سابق ج٥ ص ٢٢١، وما بعدها، ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد - ج٢ ص ٢١٩، ابن قدامة المقدسي - الشرح الكبير - مرجع سابق ج٤ ص ٢٢٣، ابن حزم - المحلى - مرجع سابق ج٤ ص ٤٣٤، الخطيب - مغني المحتاج - مرجع سابق ج٢ ص ١٥، النووي - المجموع - مرجع سابق - ج٩ ص ٢٨٧، الخرشي - شرح الخرشي مرجع سابق - ج٣ ص ٣٧٤، القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - مرجع سابق - مجلد ٤ ص ١٤٢ د/ محمد مصطفى شلبي - نظام المعاملات فى الفقه الإسلامى - مرجع سابق - ص ٢٩٠، د/ محمد يوسف موسى - الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى - مرجع سابق - ص ٣٨٠، د/ محمد سلام منكور - الوجيز للمدخل للفقه الإسلامى - مرجع سابق - ص ٢٢٦، د/ عبد الناصر العطار - ==



ومهما يكن من أمر هذا الخلاف فإن ما يعيننا في هذا المقام بيان أثر سكوت المالك على هذا البيع.

وتجدر الإشارة أولاً إلى أن مسألة البحث عن دلالة السكوت أو أثره على بيع الفضولي إنما تثار بناء على الرأي الراجح — الذي أشرنا إليه — من أقوال الفقهاء والذي يعد بيع الفضولي ، ينعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة المالك.

وأما بناء على رأى القائلين ببطلانه ، فلا مجال للبحث عن ذلك، إذ إن بيع الفضولي عندهم باطل، لا تصححه الإجازة، ومن ثم فليس من المنطقي أن نبحث عن مدى عد السكوت إجازة أو لا، وفقاً لهذا النظر.

جاء في المجموع : " إذا باع إنسان سلعة ، وصاحبها حاضر ساكت لم يأذن ولم يتكلم ، لم يصح البيع عندنا، وبه قال ابن المنذر <sup>(١)</sup> .

---

نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية — مرجع سابق ص ١١١، د/ عبد الرزاق حسن فرج — نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي سنة ١٩٦٩ — دار النهضة العربية ص ٤٠ وما بعدها، د/ أحمد فراج حسين — الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية — مرجع سابق ص ٢٩٠، د/ علي أحمد مرعي — بحوث في البيع — مرجع سابق — ص ١٦٠، أ / إيتسام بدیع السيد القرش — الإنن وأثره في المعاملات — مرجع سابق — ص ٤٤ وما بعدها، د/ عبد القادر قحطان — السكوت المعبر عن الإرادة ص ٤٦٣.

ومعنى كون العقد موقوفاً أنه صحيح توافرت فيه شروط الاعتقاد والصحة ، وتخلف فيه شرط من شروط النفاذ، وهى كمال الأهلية والولاية على محل العقد، وعدم تعلق حق الغير به، وهو ما يؤدي إلى وقف آثاره المترتبة عليه إلى حين حصول الإجازة.

راجع د/ عبد الرزاق حسن فرج — نظرية العقد الموقوف — مرجع سابق — ص ٤٠، د/ محمد أحمد سراج — نظرية العقد في الفقه الإسلامي — مرجع سابق — ص ١٦٨.

ويرجع سبب اختلاف الفقهاء في بيع الفضولي إلى الاختلاف في الملك أو الولاية هل هى شرط انعقاد، أو شرط نفاذ ، فمن عدها شرطاً للانعقاد : جعل بيع الفضولي باطلاً، ومن عدها شرط نفاذ : ذهب إلى انعقاد بيعه موقوفاً على إجازة المالك . انظر : الكاساني — بدائع الصنائع — مرجع سابق ج ٥ ص ٢٢١. وقد ذكر ابن رشد سبباً آخر لذلك وهو : النهي إذا ورد على منبى هل يحمل على سببه أم يعمم ؟ وذلك لأن النهي إنما ورد فى حكم ابن حزم فى قضيته المشهورة ؛ لأن الرسول - صلى الله عليه وسلم - قال له : " لا تبع ما ليس عندك " والحديث أخرجه للترمذي فى سننه — كتاب البيوع — باب ما جاء فى كراهية بيع ما ليس عندك — ج ٣ ص ٥٢٥ حديث رقم ١٢٣٢.

انظر : ابن رشد — بداية المجتهد ونهاية المقتصد — مرجع سابق — ج ٢ ص ٢١٩، وانظر أيضاً: د/ محمد يوسف موسى — الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ٣٨١-٣٨٢ أ/إيتسام بدیع القرش — المرجع السابق ص ٤٦-٤٧.

(١) النووي — المجموع — مرجع سابق — ج ٩ ص ٨٧.

وجاء فى تخريج الفروع للزنجاني : " أن الفضولي إذا باع مال الغير لغا بيعه ولم ينفذ بالإجازة عندنا " (١).

وجاء فى المحلى : " ولا يحل لأحد أن يبيع مال غيره بغير إذن صاحب المال.. فإن وقع فسخ أبداً، سواء أكان صاحب المال حاضراً يرى ذلك أم غائباً ، ولا يكون سكوته رضا بالبيع طالبت المدة أو قصرت .. " (٢).

وعلى ذلك، فإن بيع الفضولي - وفقاً لهذا رأى - لا ينفذ بالإجازة ومن ثم يكون البحث عن دلالة السكوت هنا ، بناء على عد بيع الفضولي موقوف على الإجازة، إن أجازته المالك نفذ، وإلا فلا .

وإن الناظر فى كتب الفقه الإسلامى فيما يتعلق بهذه المسألة قد يجد نوعاً من اللبس، أو التشتت حول حقيقة الإرادة المراد الكشف عنها من المالك إزاء بيع الفضولي، هل هى الوكالة؟ أو الإذن؟ أو الإجازة؟ أو الرضا؟ (٣). وسبب ذلك هو ورود هذه المصطلحات فى النصوص المتعلقة بهذه

---

(١) الزنجاني - تخريج الفروع على الأصول - مرجع سابق ص ١٨٧ ذلك بناء على المذهب الشافعى فى الجديد.

(٢) ابن حزم - المحلى - مرجع سابق ج ٨ ص ٢٣٤.

(٣) الوكالة فى اللغة هى الحفظ، والكفالة والضمان والتفويض ، وفى الاصطلاح هى : " تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل فيما يقبل النيابة " .

انظر الكاسانى - بدائع الصنائع - مرجع سابق - ج ٦ ص ٣٠، الصاوى - بلفه المالك مرجع سابق ج ٢ ص ١٨١.

والإذن لغة : من أذن له بالشئ أى أباحه له.

واصطلاحاً : " رفع المانع لمن هو محجور عنه وإعلام بإطلاقه فيما حجر عليه " .. أو هو " فك الحجر فيما رتب عليه الشارع حكماً شرعياً مما يعد من الأسباب الشرعية " .

الزليعى - تبیین الحقائق - مرجع سابق ج ٥ ص ٢٠٣، د/ رمضان على السيد الشرنباصى السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية - مرجع سابق ص ١٧٩، د/ عبد الرزاق حسن فرج - دور السكوت فى التصرفات القانونية - مرجع سابق ص ٢٤٨، أ/ ابتسام بديع السيد القرش - مرجع سابق ص ٥ وعرفه الجرجاني بأنه : فك الحجز وإطلاق التصرف لمن كان ممنوعاً شرعاً ، الجرجاني التعريفات - ص ٣٠.

والإجازة : لغة : الإنفاذ والإمضاء.

واصطلاحاً : هى " تصرف فى العقد بالإبقاء " أى إنفاذ العقود الموقوفة بمعنى ترتيب آثارها عليها حينما تنفذ " .

انظر د/ رمضان على السيد الشرنباصى - السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية - مرجع سابق ص ١٣٠، أ/ ابتسام بديع السيد القرش - المرجع السابق ص ٩.

## المسألة (١).

والواقع انه ليس المطروح هنا هو التساؤل عن دلالة سكوت المالك على الرضا المكون لعقد البيع الذي أبرمه الفضولي ، ذلك لأن المالك ليس طرفا فيه، إذ إن طرفيه هما الفضولي البائع والمشتري.

كما انه — من حيث الأصل — ليس المطروح هو التساؤل عن كون هذا السكوت يعد إنذرا، ولا وكالة ، لأن كلاهما تفويض، ويفترض وقوعه قبل مباشرة التصرف، فلا بد من الإنذار للمأذون قبل مباشرة ما أذن فيه، وكذلك يلزم انعقاد الوكالة قبل مباشرة الوكيل لها. وكلاهما لا يتم بالسكوت بحسب الأصل، وما نحن بصددده فهو عقد بيع تم بالفعل.

وعلى ذلك ، فلا يبقى إلا أن يكون المطروح هنا وهو محل التساؤل عن مدى دلالة سكوت المالك على إجازته لبيع الفضولي وبعبارة أخرى : مدى عد سكوت المالك إجازة.

ذلك ، لأننا — كما اتفقنا — أمام عقد أبرمه الفضولي ، وهذا العقد موقوف على إجازة المال وذلك محل الإجازة، وهو التصرفات والعقود الموقوفة، كتصرفات الفضولي، وتصرفات الصبي المترددة بين النفع والضرر في البيع والشراء، وغير ذلك من العقود الموقوفة.

كما أن الإجازة تكون رضاء بالفعل بعد حصوله<sup>(٢)</sup>.

ويمكن التوفيق بين هذه النصوص — التي أشرنا إلى أنها قد تحدث نوعا من اللبس — بأننا انتهينا إلى أن بيع الفضولي ينعقد موقوفا على إجازة المالك. فإذا وجدت هذه الإجازة صحيحة<sup>(٣)</sup>، فإنها تؤثر في العقد بالنفاذ، وترتب عليه آثاره بعد أن

---

(١) قد رأينا فيما سبق أن بعض الفقهاء يذكر انه " لا يكون وكلا بسكوته " والبعض يقول " إنه لا يكون رضا " والبعض يقول " إنه لا يعد إجازة " راجع ما سبق.

(٢) وكون الإجازة رضا بالفعل بعد حصوله من أهم ما يميزها من الإنذار فالإنذار هو الأمر بالفعل أو التفويض فيه قبل حصوله، بالإضافة إلى أن الإنذار لا يختص بتصرف معين، أما الإجازة فلا تكون إلا في نوع من التصرفات وهي القابلة للإجازة أى الموقوفة، وأخيرا، فإن الإجازة تستتبع آثارها في الحال، ومن ثم لا يقبل الرجوع فيها من المجيز ، أما الإنذار فيمكن الرجوع فيه قبل حدوث الشيء.

راجع في ذلك د/ رمضان على الشرنباصي — السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية — مرجع سابق ص ١٨٠-١٨١ ، أ / ابتسام بديع السيد القرش — المرجع السابق ص ١٠.

(٣) تكون الإجازة صحيحة إذا توافرت بها شروطها، وهي : أن يكون للعقد مجيز له ولاية إنشاء العقد عند وجوده، أن تصدر الإجازة في حياة طرفي العقد — الفضولي والمشتري — فلو توفي أحدهما قبل ==

كان موقوفاً، وتعد كالإذن السابق من المالك بناء على أن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق، كما تؤثر هذه الإجازة في الفضولي فتجعله وكيلًا، من قبل إنشاء العقد، وكان المجيز قد وكله قبل مباشرته<sup>(١)</sup>، ولذلك يقرر الفقهاء أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة. جاء في بدائع الصنائع : " فإن وجدت - الشروط - صحت الإجازة وصار البائع بمنزلة الوكيل إذ الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة " (٢).

وعلى ضوء ما سبق : فلا يكون هناك لبس في الحقيقة وفي واقع الأمر، ويكون الرضا المقصود في النصوص هو الإجازة التي تعد إذنًا ووكالة في الوقت ذاته . وهكذا نصل إلى أن التساؤل هنا عن مدى عد السكوت من المالك إجازة لبائع الفضولي. وهذا ما سنبينه فيما يلي.

---

==صنورها من المالك لا تصح ، أن تصدر في حياة المالك - المجيز - فلو توفى قبل إجازته، لا يجوز إجازة ورثته ، وأخيرا - يشترط لصحة الإجازة : أن يكون المبيع قائما لم يفت أو يهلك . راجع في شروط الإجازة تفصيلا : الكاساني - بدائع الصنائع - مرجع سابق - ج ٥ ص ٢٢٣-٢٢٥ الدسوقي - حاشية الدسوقي - مرجع سابق - ج ٣ ص ١٢ ، الصاوي - بلغة السالك - مرجع سابق ج ٢ ص ٧ " هذا بالنسبة للشروط الرابع " .

وأنظر أيضا : د/ محمد مصطفى شلبي - نظام المعاملات في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ٣٥٢، د/ علي الخفيف - أحكام المعاملات في الشريعة الإسلامية - مرجع سابق ص ٢٩٤، د/ محمد سلام منكور - الوجيز للمدخل للفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ٣٢٦، د/ رمضان على السيد الشرنباصي - السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية - مرجع سابق ص ١٧٠، وما بعدها .

(١) انظر : د/ محمد مصطفى شلبي - نظام المعاملات في الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٣٥٢، د/ علي الخفيف - أحكام المعاملات - مرجع سابق - ص ٢٩٤، د/ محمد سلام منكور - الوجيز للمدخل للفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٣٢٥، د/ عبد الناصر العطار - نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية - مرجع سابق ص ١١١، أ / ابتسام بديع السيد القرش - المرجع السابق ص ٧٥ .

(٢) الكاساني - بدائع الصنائع - مرجع سابق ج ٥ ص ٢٢٦ .

وفي نفس المعنى أيضا جاء في حاشية الدسوقي " .. لأنه بإجازته يبيعه صار وكيلًا له " .

الدسوقي - المرجع السابق ج ٣ ص ١٢ ، ومثله أيضا في : الصاوي - بلغة السالك - مرجع سابق - ج ٢ ص ٧، الدردير - الشرح الصغير - مرجع سابق - ج ٣ ص ٥ .

كما جاء في - مرشد الحيران في م " ٣٩٦ " إذا أجاز المالك بيع الفضولي تعتبر إجازته توكيلا له عنه في البيع " - ص ١٠١ .

## هل يعد سكوت المالك إجازة لبيع الفضولي ؟

اختلف الفقهاء في ذلك إلى ثلاثة أقوال :

**القول الأول :** ويرى أصحابه أن سكوت المالك لا يعد إجازة لبيع الفضولي.

وهو رأى الحنفية<sup>(١)</sup>، والشافعية<sup>(٢)</sup>، والحنابلة<sup>(٣)</sup>، والإمامية<sup>(٤)</sup>، والظاهرية<sup>(٥)</sup>.

**القول الثاني:** سكوت المالك إجازة لبيع الفضولي وهو رأى ابن أبي ليلى من الحنفية<sup>(٦)</sup>.

(١) انظر السرخسي - المبسوط - مرجع سابق جـ ٣ ص ١٤٠، حيث جاء به " وإذا باع الرجل مقاعاً لرجل وهو حاضر ساكت لم يجز عليه ذلك عندنا " . الزيلعي - تبين الحقائق - مرجع سابق جـ ٥ ص ٢٠٣، ابن نجيم - الأشباه والنظائر - مرجع سابق ص ١٥٤، الحموي - غمز عيون البصائر مرجع سابق جـ ١ ص ٤٢٨، علي حيدر - درر الحكام شرح مجلة الأحكام - مرجع سابق - جـ ١ ص ٥٩، سليم رستم باز - شرح المجلة - مرجع سابق ص ٤٧، محمد فدرى باشا - مرشد الحيران مرجع سابق - ص ١٠١.

ويلاحظ أن بعض الحنفية قيد ذلك بألا يكون البيع فيما بين الأقارب " فمن باع عقاراً .. وابنه وامرأته وغيرهما من أقاربه حاضر يعلم به ثم ادعى الابن مثلاً أنه ملكه لا تسمع دعواه، وجعل سكوتاً، كالإفصاح قطعاً للتزوير والحيل. بخلاف الأجنبي، فإن سكوته ولو جاراً لا يكون رضاً إلا إذا سكّت الجار وقت البيع والتسليم وتصرف المشتري " .

أنظر في ذلك : ابن قاضي سمانه - جامع الفصوليين - الطبعة الأولى بالمطبعة الأزهرية سنة ١٣٠٥ هـ - جـ ١ ص ٣٠٢، السيد محمد علاء الدين أفندي - قرّة عيون الأخبار لتكملة رد المحتار على الدر المختار - المطبعة الأميرية ببولاق - الطبعة الثانية سنة ١٣٢٦ هـ - جـ ١ ص ٣٤٧.

(٢) انظر النووي - روضة الطالبين - مرجع سابق - جـ ٥ ص ١١٤ . وقد ورد به " إذا علم البائع أن المشتري بطل الجارية وسكت عليه ... هل يكون مجيزاً ؟ الأصح لا كما لو سكت على بيعه وإجارتها " . للنووي أيضاً : المجموع - مرجع سابق - جـ ٩ ص ٢٨٧.

ويلاحظ أن ذلك بناء على القديم من مذهب الشافعية ، وقد ذكرنا قبل أن الجديد عند الشافعية أن بيع الفضولي باطل لا تصححه الإجازة .

(٣) انظر : ابن قدامة المقدسي - الشرح الكبير - مرجع سابق جـ ٤ ص ٢٢٤.

وجاء فيه " .. أن السكوت محتمل فلم يكن إنشأ .. " البهوتي - الروض المربع - مرجع سابق ص ١٨٦، وجاء فيه " ... فإن باع ملك غيره بغير إنشأ لم يصح ، ولو مع حضوره وسكوته " ، ابن مفلح - المبدع في شرح المقنع - مرجع سابق - جـ ٤ ص ١٧.

(٤) انظر العاملي - الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية - مرجع سابق جـ ٣ ص ٢٣١، حيث ذكر أنه " .. ولا يكفي في الإجازة السكوت عند العقد مع علمه به ، أو عند عرضها " .

(٥) ابن حزم - المحلى - مرجع سابق جـ ٨ ص ٤٣٥.

(٦) انظر في عرض هذا الرأي - السرخسي - المبسوط - المرجع السابق جـ ٣٠ ص ١٤٠، ابن قدامة المقدسي - الشرح الكبير - المرجع السابق جـ ٤ ص ٢٢٤، ابن مفلح - المبدع - مرجع سابق جـ ٤ ص ١٧.

**القول الثالث:** التفرقة بين كون المالك غائباً أو حاضراً للبيع، وهو رأى المانكيه ويفرقون في بيع الفضولي ومدى عد سكوت المالك إجازة له وبين كون المالك غائباً أو حاضراً.

فإذا كان حاضراً مجلس العقد وسكت لزمه البيع، أى إن هذا السكوت يكون إجازة لتصرف الفضولي متى كان بحضور المالك. ولم يكن هناك مانع من إنكاره وردده. وليس للمالك في هذه الحالة إلا أن يطالب الفضولي بالثمن ما لم يمض عام فإن مضى وهو ساكت سقط حقه في أخذ الثمن.

أما إذا لم يكن حاضراً للبيع وبلغه ذلك فإن البيع لا يلزمه، أى لا يكون سكوته إجازة، وله نقض البيع إلى سنة، فإن مضت فله الثمن فقط ما لم تمض مدة الحيابة وهى عشر سنين، فإذا مضت فلا شئ له<sup>(١)</sup>.

### الأدلة:

**أدلة القول الأول:** استدلل القائلون بعدم سكوت المالك إجازة بالكتاب والسنة والمعقول<sup>(٢)</sup>.

فمن الكتاب العزيز قوله تعالى "ولا تكسب كل نفس إلا عليها"<sup>(٣)</sup>.

وقوله عز وجل: "إن الظن لا يغني من الحق شيئاً"<sup>(٤)</sup>. وقوله تعالى "وأن

---

(١) انظر في ذلك: الخرشي - شرح الخرشي - مرجع سابق جـ ٣ ص ٣٧٤، الخطاب - مواهب الجليل - مرجع سابق جـ ٤ ص ٢٤٠، القرافي - الفروق - مرجع سابق جـ ٣ ص ٢٤٠، ابن حسين - القواعد السنية - تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية بهامش الفروق المشار إليه سابقاً جـ ٣ ص ٢٤٠، النسوقي - حاشية النسوقي - مرجع سابق جـ ٣ ص ١٢، الصاوي - بلغة السلك - مرجع سابق جـ ٢ ص ٧، الدردير - الشرح الصغير - مرجع سابق جـ ٣ ص ٥، الشيخ عليش - فتح العلي المالك - مرجع سابق جـ ٢ ص ٩٤-٩٥.

وأنظر أيضاً: د/ عبد الرازق حسن فرج - نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٢١٠، د/ أحمد فراج حسين - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية - مرجع سابق ص ٢٩٥ - ٢٩٦.

(٢) أدلة هذا المذهب من الكتاب والسنة ذكرها الإمام ابن حزم - في الاستدلال على عدم عد السكوت رضا في بيع الفضولي، والإجازة من جملة الرضا ومن ثم يمكن الاستدلال بها على ما معنا - من عدم عد السكوت إجازة - ويمكن أيضاً أن يضاف إليها ما سبق أن ذكرناه من نصوص من القرآن الكريم والسنة النبوية - على عدم عد السكوت دليلاً على الإرادة مطلقاً. راجع ما سبق في الاستدلال على قول الفقهاء "لا ينسب إلى ساكت قول".

(٣) سورة الأنعام، آية [١٦٤].

ليس للإنسان إلا ما سعى " (٢).

**وجه الدلالة :** وفى هذه الآيات الكريمة دليل على حرمة التصرف فى مال الغير فإذا تصرف، فإن تصرفه يعود عليه هو فالعقود وسائر التصرفات لا يمكن أن تنسب لغير فاعلها، فهي تنسب لصاحبها وأحكامها له أو عليه ولذا لا يثبت الالتزام له أو عليه لعدم التأكد من رضاه. ولأن السكوت دلالة محتملة غير يقينية فإنه يكون مجرد ظن ولا تحل الأموال المحرمة بالظن (٣).

ولو قيل بأن الآية الأولى " ولا تكسب كل نفس إلا عليها " ليست فى محل النزاع لأنها واردة فى الجزاء الأخروي ، فإنه يجاب عنه، بأن قوله تعالى " تكسب " فعل، وهو بمنزلة النكرة ، وهى فى سياق النفي تعم فتكون الآية الكريمة عامة (٤).

ومن السنة النبوية : قوله - صلى الله عليه وسلم - " إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام " (٥).

وقوله - صلى الله عليه وسلم - " الخديعة من النار، ومن عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد " (٦).

**وجه الدلالة:** يدل الحديث الأول على حرمة مال المسلم ، وعرضه، ودمه. فلا يجوز لأحد أن يبيع مال غيره بغير رضا من صاحبه، ولا تحل هذه الأشياء إلا بالوجه الذى بينه الشرع (٧).

---

(١) سورة النجم ، آية [٢٨] .

(٢) سورة النجم ، آية [٣٩] .

(٣) ابن حزم - المحلى - مرجع سابق ج ٨ ص ٤٣٥، محمد أبو زهرة - الجريمة والعقوبة فى الفقه الإسلامى - الجريمة - دار الفكر العربى سنة ١٩٧٦ ص ٤٨٨، د/ على مرعى أحمد مرعى - بحوث فى البيع - مرجع سابق ص ١٥٦، أ / ابتسام بدیع السيد القرش - مرجع سابق - ص ٧٦.

(٤) انظر : د/ على أحمد مرعى - بحوث فى البيع - المرجع السابق ص ١٥٦.

(٥) وهذا جزء من حديث طويل فى حجة الوداع رواه البخاري ومسلم فى صحيحهما، انظر : ابن حجر : فتح الباري - مرجع سابق ج ٣ ص ٧٠١، كتاب الحج ، مسلم - صحيح مسلم - مرجع سابق ج ٣ ص ١٣٠٦ كتاب القسامة - باب تغليب تحريم الدماء والأعراض والأموال.

(٦) انظر : ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق ج ٤ ص ٤٣٤، كتاب البيوع - باب النجش - كما أخرجه الإمام مسلم فى صحيحة أيضاً عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - " من أحدث فى أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد " . انظر - صحيح مسلم - مرجع سابق ج ٣ ص ١٣٤٣، كتاب الأقضية ، باب نقض الأحكام الباطنة ورد محدثات الأمور.

(٧) سبق المراد من الحديث الشريف فى موضع سابق.

كما يدل الحديث الثاني على أن من فعل ذلك فهو رد أى مردود ، أو باطل لا يعتد به<sup>(١)</sup>، لأن السكوت ليس رضا إلا من اثنين : أحدهما : رسول الله - صلى الله عليه وسلم - المأمور بالبيان. الثاني : البكر فى نكاحها للنص الوارد فى ذلك<sup>(٢)</sup>، وأما من عدا من ذكرنا فلا يكون سكوته رضا ولا إذنًا.. وإلا يكون عمله هذا مردوداً<sup>(٣)</sup>.

**وأما دليلهم من المعقول :** فقد ذكر الإمام السرخسي فى هذا الصدد : " وحجتنا فى ذلك أى على إن سكوت المالك ليس إجازة لبيع الفضولي - أن سكوته محتمل، قد يكون بطريق الرضا، وقد يكون بطريق التعجب ، أى لماذا يفعل هذا فى ملكه بغير أمره ، وإلى أى شئ تؤول عاقبة فعله والمحتمل لا يكون حجه، وملك المالك ثابت فى العين بيقين فلا يجوز إزالته بدليل محتمل<sup>(٤)</sup> كما أن السكوت أعم من الرضا فلا يدل عليه<sup>(٥)</sup>.

**أدلة القول الثاني :** استدل ابن أبى ليلى لقوله بأن ، سكوت المالك إجازة لبيع الفضولي بالقياس، والمعقول.

**فأما القياس :**

أ - فإنه قاس سكوت المالك فى البيع على سكوت المولى عن النهي عند رؤيته تصرف العبد وهو ساكت فإنه - السكوت - يجعل إذنًا له فى التجارة<sup>(٦)</sup>.

(١) الإمام مسلم - صحيح مسلم - مرجع سابق جـ ٣ ص ١٣٤٣.

(٢) ورد النص على أن سكوت البكر إذن فى النكاح بروايات متعددة، منها ما أخرجه البخاري أن النبى - صلى الله عليه وسلم - قال : " لا تتكح الأيم حتى تستأمر ولا تتكح البكر حتى تستأذن، قالوا يا رسول الله وكيف إذن؟ قال : أن تسكت " ، جـ ٩ ص ٢٣٣، كتاب النكاح ، وما أخرجه مسلم أيضاً : أن النبى - صلى الله عليه وسلم - قال : " الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن فى نفسها ، وإذنها صمتها " جـ ٢ ص ١٠٢٧ كتاب النكاح.

(٣) ابن حزم - المحلى - مرجع سابق - جـ ٨ ص ٤٣٥.

(٤) انظر الإمام السرخسي - المبسوط - مرجع سابق - جـ ٣٠ ص ١٤٠، ابن قدامة المقدسي - الشرح الكبير - مرجع سابق جـ ٤ ص ٢٢٤.

(٥) العاملي : الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية - مرجع سابق جـ ٣ ص ٢٢٩.

(٦) مسألة السكوت من المولى عند رؤيته عبده يبيع أو يشتري أمامه بمثابة الإجازة ، أو الإذن له بالتجارة محل خلاف بين الفقهاء فقد عده الحنفية إذنًا ، فى حين لم يجعله الشافعية كذلك، راجع فى ذلك : الزنجاني - تخريج القروع على الأصول - مرجع سابق ص ٢٤٢ - ٢٤٣ .

وقد عد الحنفية السكوت فى هذه الحالة إذنًا دفعاً للضرر فيهم يعدونه من السكوت ذى الدلالة، انظر: الحموي - غمر عيون البصائر - مرجع سابق جـ ١ ص ٤٤١، الطرابلسي - معين الحكام - ==



ونوقش قياس بيع الفضولي على بيع العبد وعد السكوت — من المالك — فى الأول، إننا، كسكوت المولى — السيد — فى الثاني بأنه فى سكوت المولى لو لم يجعل سكوته رضا لتضرر به من عامل العبد، ولو جعلنا السكوت إننا لم يتضرر به المولى فى الحال فيرجح جانب دفع الضرر.

وهنا — فى بيع الفضولي — لو جعل السكوت رضا تضرر به المالك ولزمه حكم تصرف الفضولي لأن ملكه يزول ولو لم يجعل رضا تضرر به المشتري، فيرجح جانب المالك، لأن حقه فى العين اسبق، والمشتري هو المقصر، حيث لم يسأل البائع أن المالك وكله أم لا واعتمد سكوتاً محتملاً<sup>(١)</sup>.

ب — القياس على سكوت البكر. فى النكاح، فسكوت المالك إن وإجازة للبيع كما أن سكوت البكر دليل رضاها بالزواج<sup>(٢)</sup>.

ونوقش ذلك بأن سكوت البكر منصوص على عده إننا بالنص، وهنا لبس فى معنى ذلك، فإن الحياء يحول بينها وبين التصريح بالإجازة هناك. وليس هنا — فى البيع — ما يحول بينه — المالك — وبين النطق<sup>(٣)</sup>.

### وأما المعقول فمن وجهين :

الأول: انه لو تم تعيين جهة الرضا بسكوته، تضرر به المشتري وصار المالك بسكوته كالغار له ، والغرر حرام والضرر مدفوع.

ونوقش هذا القول بأن المشتري هو الذى غرر بنفسه حين قصر فى عدم سؤاله عن ملكية البائع لما يبيع أو ولايته على ذلك، وإنما اعتمد على مجرد سكوت محتمل.

الثاني : أن العادة أن صاحب المال لا يسكت إذا رأى غيره يبيع ما أمر بتسليمه ولم يكن من قصده الرضا، فباعتبار العادة يجعل سكوته دليل الرضا، وكذلك لا يحل السكوت شرعاً إذا لم يكن من قصده الرضا، وفعل المسلم محمول على ما يحل

---

=شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده — الطبعة الثانية سنة ١٩٧٣ ص ١٦٠، ابن قدامة — المغني — مرجع سابق — ج ٤ ص ٢٢٤.

(١) السرخسي — المبسوط — المرجع السابق ج ٣٠ ص ١٤٠.

(٢) انظر — السرخسي — المبسوط — مرجع سابق ج ٣٠ ص ١٤٠، ابن قدامة المقدسي — الشرح الكبير — مرجع سابق ج ٢٢٤، ابن مفلح — المبدع — مرجع سابق — ج ٤ ص ١٧.

(٣) السرخسي — المبسوط — مرجع سابق ج ٣٠ ص ١٤٠، ابن قدامة المقدسي — المغني — مرجع سابق ج ٤ ص ٢٢٤، ابن مفلح — المبدع — مرجع سابق ج ٤ ص ١٧.

شرعا. فجعل سكوته دليل الرضا لهذا<sup>(١)</sup>.

ويناقش هذا القول — بما سبق أن ذكرنا — بأن السكوت يحتمل أكثر من معنى إذ قد يكون للتدبر والتروي أو المشورة ، أو للاعتقاد بأن السكوت لا يترتب عليه إلزامه بشئ ، أى إن السكوت أعم من الرضا فلا يدل عليه<sup>(٢)</sup>، ونجاحه إذا كان سكوتا مجردا عما يرجح أحد معانيه.

**أدلة القول الثالث :** استدل المالكية على أن سكوت المالك الحاضر إجازة لبيع الفضولي بالمعقول، بأن السكوت من المالك هنا يعد مكررا وخديعة للمشتري، ومن ثم إلحاق الضرر به، والضرر يجب دفعه وإزالته ، وذلك بجعل السكوت رضا من المالك بالبيع<sup>(٣)</sup>، وهذا هو ما استدل به ابن أبي ليلى، ومن ثم يرد عليه ما ورد من مناقشته<sup>(٤)</sup>.

وأما عن استدلالهم على عدم لزوم البيع فى حق المالك إذا لم يكن حاضرا، فقد ورد عن الشيخ عليش — رحمه الله — ما يدل على انه استدل لذلك بنحو ما استدل به أصحاب الرأى الأول من المعقول<sup>(٥)</sup>، من جهة أن السكوت متردد ومحتمل فلا يكون حجة فقد ورد عنه : " .. إذا بيع عليه ماله، ولم يحضر البيع فهو مخير بين فسخ البيع أو أخذ ثمنه، ولا يضره سكوته، لأنه يقول أردت أن استخير الله فيه، وأشاور نفسي " <sup>(٦)</sup>.

وأما عن تقييد المالكية لحق المالك فى نقض البيع أو إجازته بعام فيناقش بأن هذا التقييد لا دليل عليه ، كما أن طول المدة لا يعيد الباطل حقا أبدا ولا الحق باطلا، إذ يلزم من ذلك أن من قيل له يا كافر فسكت يلزمه حكم الكفر، ومن قيل له إنك طلقك امرأتك فسكت يلزمه الطلاق، ولم يقل بذلك أحد<sup>(٧)</sup>.

(١) السرخسي — المبسوط — المرجع السابق — ج ٣٠ ص ١٤٠.

(٢) انظر : العاملي — الروضة البهية فى شرح اللمعة التمشقية — مرجع سابق ج ٣ ص ٢٣٤.

(٣) انظر : الخطاب — مواهب الجليل — مرجع سابق ج ٤ ص ٢٤٠، الشيخ عليش — فتح العلي المالك — مرجع سابق — ج ٢ ص ٩٥، ابن حسين — القواعد المنية — مرجع سابق ج ٣ ص ٢٤٠.

(٤) راجع أدلة القول الثانى وما ورد عنها من مناقشة.

(٥) راجع أدلة الرأى الأول.

(٦) الشيخ عليش — فتح العلي المالك — مرجع سابق — ج ٢ ص ٩٥.

ويلاحظ أن المالكية لم يرد فى كتبهم أدلة على مذهبهم من الكتاب الكريم أو السنة النبوية ويبعدو أنهم اعتمدوا فى ذلك — بالنسبة لعدم لزوم البيع فى حق المالك الحاضر — على نصوص القرآن والسنة التى تحرم أكل أموال الناس بالباطل والتى استدلت بها أصحاب القول الأول.

(٧) ابن حزم — المحلى — المرجع السابق — ج ٨ ص ٤٣٥، أ / ابتسام بديع السيد القرش — الإنز و أثره فى المعاملات — مرجع سابق — ص ٨٠.

ويمكن أن يحمل ذلك على أن المقصود هو ضمان استقرار المعاملات وحسبها وعدم بقائها رهن إرادة المالك إن شاء أجازها أو أبطلها.

ويلحظ على المذهب المالكي في هذا الصدد أنه يتفق مع الرأي الأول في القول بعدم عد سكوت المالك إجازة لبيع الفضولي إذا تم البيع في غيبة المالك، إلا أنهم قيدوا حقه في نقض البيع بأن يتم ذلك في خلال عام من تاريخ علمه بالبيع، فإن مضت تلك المدة فلا يكون له إلا المطالبة بالتثمين.

كما يتفق مع ابن أبي ليلى في القول بعد سكوت المالك إجازة لبيع الفضولي إذا تم بحضرة المالك.

وعلى ذلك يمكن رد مذهب المالكية إلى كل من الرأيين السابقين، ففي حالة الحضور ينضم رأيهم إلى رأي من أجاز البيع وهو ابن أبي ليلى، وفي حالة الغيبة ينضم رأيهم إلى رأي من لم يعد السكوت إجازة، ومن ثم يمكن رد الخلاف إلى رأيين فقط، عدا تقييدهم ذلك بمدة معينة، ولعلمهم يقصدون بتحديد تلك المدة حسم الأمر احتراماً للحقوق المكتسبة بالألا تظل الملكية عرضة للتهديد باستعمال المالك حقه في نقض العقد. وبذلك يمكن رد هذا الخلاف إلى قولين فقط.

### القول الرابع :

بعد أن عرضنا أقوال الفقهاء وأدلتهم وما ورد عليها حول مدى عد سكوت المالك إجازة لبيع الفضولي، يتبين أن أرجحها القول الأول، الذي يرى أصحابه أن سكوت المالك عند بيع الفضولي ليس إجازة لهذا البيع، سواء أطالت المدة أم قصرت، وذلك لقوة الأدلة التي استند إليها، وسلامتها من المناقشة والمعارضة، لاتفاقها مع نصوص الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة. ولأنه يتفق مع ما قرره الفقهاء من أن السكوت المجرد لا يعد وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة بناء على قولهم : " لا ينسب إلى ساكت قول " الذي سبق أن علمنا أنه يستند إلى نصوص الكتاب الكريم والسنة النبوية. ولأن القول بذلك فيه مراعاة لمصلحة المالك والمشتري معا، كما أن في الأخذ به محافظة على الأموال، وضمان انتقالها وتداولها على وفق ما أراده الشارع الحكيم، وإذا ثبت عدم عد سكوت المالك إجازة لبيع الفضولي فلا يكون إجازة لسائر تصرفاته لما سبق أن ذكرنا أنها تأخذ حكم البيع في الجملة عند الفقهاء.

**ملاحظة :** انتهينا إلى أن سكوت المالك ليس إجازة لبيع الفضولي، وذلك على أساس أن هذا السكوت من قبيل السكوت المجرد الذي لا دلالة له طبقاً لما رآه الفقهاء<sup>(١)</sup>.

وهذا يعني أن من عده إجازة كان على عده ليس سكوتاً مجرداً، وإنما أحاط به من الظروف ما يجعله صالحاً لاستنتاج الرضا منه من خلال حضور المالك وسكوته حتى انقضاء مجلس العقد وقبض الثمن، فهؤلاء الفقهاء عده سكوت المالك على هذا النحو رضاً منه بما حدث أمامه، إذ لو كان رافضاً لتعين عليه إعلان رفضه، قبل أن يصل الأمر إلى حد القبض وهذا ما يقول به الفقهاء الذين يقولون بعدم عد السكوت إجازة أيضاً، حيث يعدون سكوت المالك حتى يتم التسليم - الثمن والمبيع - هو سكوت فى معرض الحاجة إلى البيان، وليس سكوتاً مجرداً، ومن ثم يعد رضا. جاء فى تكملة رد المحتار على الدر المختار : " لا يعد سكوت الجار رضا بالمبيع إلا إذا سكت عند التسليم والتصرف " <sup>(٢)</sup>. كما جاء أيضاً : " أنه إذا اشترى سلعة من فضولي، وقبض المشتري بحضرة صاحب السلعة فسكت يكون سكوته رضا " <sup>(٣)</sup>. فهذا يعني أن السكوت فى هذه الحالة يعد إجازة بطريق الدلالة الحالية لا بالسكوت وأنه ليس من قبيل السكوت المجرد الذى أجمع الفقهاء على عدم الاعتداد به للتعبير عن الإرادة، وإنما من قبيل السكوت المعبر عن الإرادة الذى سنبينه فى موضع لاحق.

والحكمة من جعل السكوت هنا إجازة هى ذاتها التى كانت وراء عدم عده إجازة فى حالة السكوت المجرد وهى دفع الضرر.

---

(١) انظر : السرخسي - المبسوط - مرجع سابق ج ٣٠ ص ١٤٠، ابن قدامة المقدسي - الشرح الكبير مرجع سابق - ج ٤ ص ٢٢٤، ابن مفلح - المبدع - مرجع سابق ج ٤ ص ١٧، البهوتي - الروض المربع - مرجع سابق ج ٢ ص ١٨٦، العاملي - للروضة البهية - مرجع سابق ج ٣ ص ٢٢٩ النووي - روضة الطالبين - مرجع سابق ج ٣ ص ١١٤، محمد قنري باشا - مرشد الحيران مرجع سابق ص ١٠١، على حيدر - درر الحكام - مرجع سابق ج ١ ص ٥٩، سليم رستم باز شرح المجلة - مرجع سابق ص ٤٧، الشيخ / أحمد الزرقا - شرح القواعد الفقهية - مرجع سابق ص ٢٧٣، د/ عبد الرزاق حسن فرج - نظرية العقد الموقوف فى الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ٢١١، أ / ابتسام بدیع السيد القرش - الإنزى وأثره فى المعاملات - مرجع سابق ص ٨٠.

(٢) انظر: محمد علاء الدين أفندي - قرة عيون الأخبار تكملة رد المختار - مرجع سابق - ج ١ ص ٣٤٧.

(٣) ابن قاضي سماوه - جامع الفصوليين - ج ١ ص ٢٣١، مشار إليه عند د/ عبد القادر محمد قحطان السكوت المعبر عن الإرادة - مرجع سابق - ص ٤٦٦.

كما يلاحظ أيضاً : أن سكوت المالك لو صاحبه فعل نحو قبضه للثمن فإنه لا يكون سكوتاً مجرداً وإنما يعد إجازة بطريق الدلالة الفعلية، جاء في الفتاوى الخانية : " رجلُ باع عبد غيره بغير إذنه فقال المولى قد أحسنت أو أصبت لم يكن كلامه إجازة للبيع.. وإن قبض الثمن يكون إجازة " (١).

كما جاء في معين الحكام للطرابلسي : " قال في الذخيرة .. الحاضر عند البيع لو بعثه البائع إلى المشتري، وتقاضاه الثمن لا تسمع دعواه الملك لنفسه لأنه يصير مجيزاً للبيع بتقاضيه الثمن " (٢).

كما يلاحظ أخيراً، أنه يترتب على عدم سكوت المالك إجازة لبيع الفضولي حكم شرعي تكليفي، هو تحريم انتقال الأموال — الثمن والمثمن — بناء على هذا السكوت، وهذا يؤيد ما ذكرناه من أن السكوت المجرد ليس عدماً.

---

(١) قاضخان — الفتاوى الخانية — مرجع سابق — ج ٢ ص ١٧٢.

(٢) الطرابلسي — معين الحكام — مرجع سابق — ص ١٦١.

## ٢ - المسألة الثانية

### سكوت الثيب عند استئذنها في النكاح

وهذه المسألة ذكرها الإمام السيوطي - في كتابه الأشباه والنظائر - مثالا تطبيقيًا على قوله : " لا ينسب إلى ساكت قول " . حيث قال : " لو سكنت الثيب عند الاستئذان في النكاح لم يَمِّم مقام الإذن قطعاً " <sup>(١)</sup>.

كما ذكرها الإمام الزركشي <sup>(٢)</sup>، والإسنوي <sup>(٣)</sup>، والبكري <sup>(٤)</sup>، وبعض الفقهاء المعاصرين <sup>(٥)</sup>.

والمعنى العام لهذه المسألة، أن سكوت الثيب لا يكون إننا منها بنكاحها. فإذا استئذنها وليها في نكاحها فلا يكفي سكوتها بل لابد من أن تعبر عن رضاها صراحةً بالقول أو الفعل .

أما القول فهو النطق بما يدل على الرضا نحو أن تقول : رضيت أو أجزت أو قبلت، وأما الفعل فنحو التمكين من نفسها، أو التهيؤ لذلك ، أو المطالبة بالمهر والنفقة، ونحو ذلك مما يعد من العرف من أمارات الرضا <sup>(٦)</sup>.

وقد استدلل الفقهاء على عدم صلاحية سكوت الثيب للتعبير عن رضاها <sup>(٧)</sup> بالزواج

---

(١) السيوطي - الأشباه والنظائر - مرجع سابق - ص ١٥٨.

(٢) الزركشي - المنثور في القواعد - مرجع سابق - ج ٢ ص ٢٠٨. حيث ذكر أنه : " وكذا لو استؤذنت الثيب في النكاح فسكت لا أثر له " .

(٣) الإسنوي - التمهيد في تخريج الفروع على الأصول - مرجع سابق ص ٤٤٣ ، حيث ذكر أنه : " إذا استؤذنت البكر فسكت ، فإنه يكفي على الصحيح وقيل لا ، كالثيب " .

(٤) البكري - الاعتناء في الفرق والاستثناء - مرجع سابق ج ١ ص ٨١٥.

(٥) انظر : د/ على حسب الله - أصول التشريع الإسلامي - مرجع سابق ص ٣٣٠، د/ محمود عبد الله العكازي - شرح القواعد الفقهية - مرجع سابق ص ٨٩.

(٦) انظر في ذلك : الدسوقي - حاشية الدسوقي - مرجع سابق ج ٢ ص ٢٢٤، الدردير - الشرح الصغير - مرجع سابق ج ٢ ص ٨٢، الكاساني - بدائع الصنائع - مرجع سابق ج ٢ ص ٣٦٢، ابن المرتضى الزبيدي - البحر الزخار - مرجع سابق ج ٤ ص ٢٨، د/ عبد الرازق حسن فرج - دور السكوت في التصرفات القانونية - مرجع سابق ص ٢٣٩، د/ أحمد فراج حسين - أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية - مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية سنة ١٩٨٥م ص ٢٤١، د/ رمضان على السيد الشرنباصي - السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية - مرجع سابق ص ١٩٤، د/ عبد القادر محمد قحطان - السكوت المعبر عن الإرادة - مرجع سابق ص ١٤٩.

(٧) تجدر الإشارة هنا إلى أنه ليس المقصود هو الرضا المكون للعقد وإنما المراد رضاها بمعنى إذنها لوإنها بمباشرة عقد الزواج فالسكوت لا يصلح دليلاً على الرضا المكون لعقد الزواج لا إيجاباً ولا قبولاً، بل ==

من السنة النبوية ، والمعقول .

فمن السنة : ما روى أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : " لا تتكح الأيم حتى تستأمر ، ولا تتكح البكر حتى تستأذن قالوا : يا رسول الله وكيف إنهنها؟ قال : أن تسكت " (١).

وما روى أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن في نفسها ، وإنها صمتها " ، وفي رواية : والبكر يستأذنها أبوها في نفسها وإنها صمتها ، قال وربما قال : وصمتها إقرارها " (٢).

وما روى أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : " ليس للولى مع الثيب أمر ، واليتيمة تستأمر ، وصمتها إقرارها " (٣).

وجه الدلالة من هذه الأحاديث الشريفة:

يستفاد من هذه الأحاديث الشريفة أن الأيم " الثيب " (٤) لا تزوج ولا يعقد عليها حتى تستأمر ، أى أن تأمر بذلك يعد استشارتها. وقد جاء التعبير عن الثيب بالاستئمار ، والبكر بالاستئذان ، فيؤخذ منه فرق بينهما من جهة أن الاستئمار يدل على تأكيد

---

== أن الفقهاء متفقون على أن المعاطاة لا تصلح للتعبير عن الرضا بالزواج ، وقد سبق أن بينا ذلك راجع ما سبق في المعاطاة.

(١) ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق ج ٩ ص ٢٣٣ ، مسلم - صحيح مسلم - مرجع سابق ج ٢ ص ١٠٣٦ كتاب النكاح .

(٢) انظر : ابن هبيرة - الإفصاح عن معاني الصحاح - مرجع سابق - ج ٣ ص ٢٢٣ ، مسند عبد الله بن عباس ، مسلم - صحيح مسلم - مرجع سابق ج ٢ ص ١٠٣٧ - الترمذي - الجامع الصحيح " مسند الترمذي " - مرجع سابق ج ٣ ص ٤٠٧ ، كتاب النكاح ، الإمام مالك - الموطأ - مرجع سابق ج ٢ ص ٥٤٤ ، الزرقاني - شرح الزرقاني على الموطأ - مرجع سابق ج ٣ ص ١٢٦ ، أبو داود سنن أبي داود - مرجع سابق ج ٢ ص ٢٣٩ كتاب النكاح.

(٣) الإمام أحمد بن حنبل - المسند - مرجع سابق ج ٥ ص ٣٦ ، الصنعاني - سبل السلام - مرجع سابق ج ٣ ص ٩٩١ ، أبو داود - المرجع السابق ج ٢ ص ٢٣٩.

(٤) الأيم لغة : من لا زوج له رجلا كان أو امرأة بكرة أو ثيبا وفي اصطلاح الفقهاء هي : الثيب التي فارقتها زوجها بموت أو طلاق ، وذلك لمقابلتها بالبكر ، وأيضا : لأن هذه الأحاديث وردت بروايات أخرى ورد التعبير فيها بلفظ الثيب بمعنى الأيم فمن ذلك ما روي أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : " لا تتكح الثيب حتى تستأمر .. " الترمذي - الجامع الصحيح - مرجع سابق ج ٣ ص ٤٠٦ ، وما روى أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : " الثيب أحق بنفسها " ، صحيح مسلم ج ٢ ص ١٠٣٧ ، فهذا يعني أن الأيم بمعنى الثيب - راجع في ذلك : ابن حجر - فتح الباري - مرجع سابق ج ٩ ص ==

المشاورة، وجعل الأمر إلى المستأمرة، ولهذا يحتاج الولي إلى صريح إذنهما في العقد، فإذا صرحت بمنعه امتنع اتفاقاً، والبكر بخلاف ذلك، لأن الإذن — بالنسبة للبكر — دائر بين القول والسكوت، بخلاف الأمر — بالنسبة للثيب — فإنه صريح في القول، يتأكد ذلك أيضاً من خلال الحديثين الثاني والثالث، حيث ورد بهما أن الثيب أحق بنفسها من وليها، وأنه ليس للولي معها أمر، ففي ذلك دليل على أن الثيب لا بد من أن تعبر عن رضاها بالزواج بالقول، أو الفعل<sup>(١)</sup>. يدل على ذلك أيضاً ما ذكره الإمام الكاساني أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : " الثيب يعرب عنها لسانها " <sup>(٢)</sup>، فهذا نص في عدم دلالة سكوت الثيب على رضاها بالزواج.

### وأما الدليل على ذلك من المعقول فمن وجهين :

**الأول :** إن الثيب لا يكتفي بسكوتها دليلاً على رضاها بالزواج، بل لا بد من التلفظ بذلك لإمكانه منها، حيث لا يلحقها من الخجل ما يلحق البكر أي أن الحياء لا يمنعها عادة من الكلام وإظهار رغبتها أو رفضها صراحة، ذلك لسبق اختلاطها بالرجال ومعرفتها بالأمور بخلاف البكر التي يكتفي بسكوتها في ذلك لأنها قد تستحي أن تنص<sup>(٣)</sup>.

**الثاني :** الأصل أن يتم التعبير عن الإرادة بالقول — في البكر والثيب سواء — والسكوت لا يعد إننا ولا رضا، لكونه محتملاً في نفسه، وإنما أقيم مقام الرضا في البكر، أي اعتبر إننا ورضا منها بالزواج بالنص، مراعاة لضرورة الحياء، وليس ذلك

==٢٢٣، الزرقاني — شرح الزرقاني على موطأ مالك — مرجع سابق جـ ٣ ص ١٢٦، الصنعاني — سبل السلام — مرجع سابق جـ ٣ ص ٩٩٠، الكاساني — بدائع الصنائع — مرجع سابق جـ ٢ ص ٣٦٥.

(١) انظر ابن حجر — فتح الباري — مرجع سابق جـ ٩ ص ٢٢٣، الصنعاني — سبل السلام — مرجع سابق جـ ٣ ص ٩٩٠، الشوكاني — نيل الأوطار — مرجع سابق جـ ٦ ص ١٢٢.

(٢) هذا الحديث أورده الإمام الكاساني في كتابه بدائع الصنائع — مرجع سابق جـ ٢ ص ٣٦٢، ولم أتمكن من العنوان عليه فيما أتيج لي من كتب الأحاديث، أطفيش، شرح كتاب النفل — مرجع سابق جـ ٢ ص ١٢٢، البابرتي — شرح العناية في شرح فتح القدير — مرجع سابق جـ ٢ ص ٤٠٢.

(٣) انظر في ذلك الكاساني — بدائع الصنائع — مرجع سابق جـ ٢ ص ٣٦٤، المرخسي — المبسوط — مرجع سابق جـ ٥ ص ١٠، ابن حجر — فتح الباري — مرجع سابق جـ ٩ ص ٢٢٣، ابن خطيب الدهشة — مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي — مرجع سابق جـ ٢ ص ٤١٥، د/ صبحي محصماني — النظرية العامة للموجبات والعقود — مرجع سابق جـ ٢ ص ٦٢، د/ عبد المجيد الحكيم الوسيط في نظرية العقد — مرجع سابق جـ ١ ص ١٥٣، د/ ثروت فتحي إسماعيل — صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة — مرجع سابق ص ١٠٢، د/ عبد الرزاق حسن فرج — دور السكوت في التصرفات القانونية — مرجع سابق ص ٢٢٨.



موجودا بالنسبة للثيب فيبقى الأمر بالنسبة لها على الأصل في ذلك، ومن ثم لا يكتفي بسكوتهما عند الاستمرار ، ولا يعد هذا السكوت منها علامة على رضاها بالزواج<sup>(١)</sup>. وهكذا فإن الثيب لا يعتد بسكوتهما عند استئذانهما في النكاح، بل لابد من نطقها وموافقتهما صراحة بالقول، أو الفعل<sup>(٢)</sup>.

فإذا زوجها أبوها فبلغها فسكتت لم يكن سكوتها رضا بالنكاح، بل لابد من إعلان رضاها صراحة فإن رضيت جاز العقد وإن ردت بطل<sup>(٣)</sup>، وذلك استندا إلى ما ذكرنا من الأدلة على ذلك.

ومحل الكلام هنا عن الرضا بالزوج والصداق، لأن تمام الرضا لا يثبت إلا بنكر الزوج والمهر، فلو سمي الولي الزوج ولم يسم المهر انه كم هو فسكتت، فسكوتهما لا يكون رضا<sup>(٤)</sup>.

كما لا يعتد بسكوت الثيب أيضا في قبض صداقها، فمن المعلوم أن الزوجة كاملة الأهلية لها أن تقبضه بنفسها، ولها أن توكل غيرها في قبضه بـ كرا كانت أو ثيبا، والثيب لا يكفي سكوتها في ذلك بل لابد أن يكون التوكيل الصريح لفظها كأن تقول وكلت أبي في قبض مهري مثلا. وعلى ذلك ، لا يجوز لوليها قبض مهرها إلا إذا أنتت له صراحة بالقبض لأن السكوت منها لا يعد رضا بالعقد، فأولى ألا يعتبر رضا بقبض

---

(١) انظر في هذا المعنى السرخسي - المبسوط - مرجع سابق ج ٥ ص ٦٠ ابن قدامة - المغني - مرجع سابق ج ٧ ص ٤٥١، د/ رمضان على السيد الشرنباصي - السكوت ودلالاته على الأحكام الشرعية - مرجع سابق - ص ١٩٥، د/ أحمد فراج حسين - أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية - مرجع سابق ص ٢٤١.

(٢) استدل الإمام الكاساني على " إمكان الثيب أن تعرب عن نفسها بالفعل بما روى أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال لبريرة : " إن وطئك زوجك فلا خيار لك " انظر الكاساني - بدائع الصنائع - مرجع سابق - ج ٢ ص ٣٦٢، وهذا الحديث أورده الشوكاني لفظ " عن عائشة أن بريرة اعتقت وهي عند مغيث عبد لآل أبي أحمد فخيرها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وقال : أن قربك فلا خيار لك انظر الشوكاني - نيل الأوطار - مرجع سابق ج ٦ ص ١٥٢، الصنعاني - سبل السلام - مرجع سابق ج ٣ ص ١٠٠٩.

(٣) انظر السرخسي - المبسوط - مرجع سابق ج ٥ ص ١٠، الكاساني - بدائع الصنائع - مرجع سابق ج ٢ ص ٣٦٢، ابن قدامة - المغني - مرجع سابق ج ٧ ص ٤٥٠، د/ رمضان على السيد الشرنباصي - السكوت ودلالاته على الأحكام الشرعية - مرجع سابق ص ١٩٤، د/ عبد القادر قحطان السكوت المعبر عن الإرادة - مرجع سابق ص ١٨٦، يقدم الترمذي - الجامع الصحيح - مرجع سابق ج ٣ ص ٤٠٦، أن النكاح مفسوخ عند عامة أهل العلم.

(٤) انظر الكاساني - بدائع الصنائع - مرجع سابق ج ٢ ص ٢٦٤، د/ عبد القادر محمد قحطان - السكوت المعبر عن الإرادة - مرجع سابق ص ١٤٩.

المهر، فلا تبرأ نمة الزوج إلا بتسليم المهر أو تسليم من توكله توكيلا صحيحا<sup>(١)</sup>.

هل كل ثيب ينطبق عليها ذلك ؟ كبيرة كانت أو صغيرة ؟

انتبهنا فيما سبق إلى أن سكوت الثيب لا يعتد به عند استئذانها في النكاح ولا يعد دليلا على رضاها بالزوج والمهر، كما لا يعد إننا منها أو توكيلا بقبض المهر.

وهذا صادق بالنسبة للثيب البالغ الرشيدة، ولا خلاف بين الفقهاء في ذلك<sup>(٢)</sup>.

ولكن الخلاف بينهم بالنسبة للثيب الصغيرة حيث يذهب بعضهم إلى عدم التفرقة بين الثيب الكبيرة والصغيرة.

ويرون أن الثيب مطلقا — كبيرة أو صغيرة — لا تجبر على التزويج، بل لا بد من إنذنها الصريح بذلك، وهو مذهب الشافعية، وفي رواية عند الحنابلة وذلك استنادا إلى عموم الأدلة الواردة في ذلك، التي سبق أن ذكرناها — بناء على أن الثيب الصغيرة ينطبق عليها وصف الثيب فتأخذ حكمها في ذلك.

في حين يرى بعض الفقهاء أن الثيب الصغيرة تختلف في ذلك عن الثيب الكبيرة حيث يجوز تزويجها بلا استثمار، وهؤلاء هم الحنفية والمالكية والحنابلة في وجه

---

(١) انظر للكاساني — بدائع الصنائع — مرجع سابق جـ ٢ ص ٣٦٤، د/عبد الرزاق حسن فرج — دور السكوت في التصرفات القانونية — مرجع سابق ص ٢٣٩، د/ محمد أحمد سراج — الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية — أحكام الزواج في الفقه والقضاء — دار الثقافة للنشر والتوزيع — بدون تاريخ ص ١٢٦، د/ أحمد محمود الشافعي، د/ رمضان الشرنباصي — أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ص ١٨٦، د/ رمضان على السيد الشرنباصي — أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ص ١٧٥.

(٢) اتفق العلماء على أن الثيب البالغ لا تتكح إلا بإذنها، ولا يحق للأب ولا لغيره أن يزوجه إلا برضاها إلا ما نقل عن البعض أنه قال : للأب تزويجها وإن كرهت، ولقد رد هذا القول جاء في المغنى : " قال إسماعيل بن إسحاق : لا أعلم أحدا قال في البنت بقول حسن، وهو قول شاذ خالف فيه أهل العلم والسنة، فإن الخنساء ابنة خدام الأنصارية روت أن أباه تزوجها وهي ثيب فكرهت ذلك، فتئت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فرد نكاحه — رواه البخاري والأئمة كلهم.

أنظر : ابن قدامة — المغنى — مرجع سابق جـ ٧ ص ٤٥٠، أبو داود، سنن أبي داود — مرجع سابق جـ ٢ ص ٢٣٩، كتاب النكاح باب في الثيب، للترمذي — الجامع الصحيح — جـ ٣ ص ٤٠٨، انظر كذلك الكاساني — بدائع الصنائع — مرجع سابق جـ ٢ ص ٣٦١، الدسوقي — حاشية الدسوقي — مرجع سابق جـ ٢ ص ٢٢٤، ابن المرتضى الزبيدي — البحر الزخار — مرجع سابق جـ ٤ ص ٢٨، أطفيش — شرح كتاب التلبيد وشفاء الليل — مرجع سابق جـ ٦ ص ١٢٢، ابن رشد — بداية المجتهد ونهاية المقتصد — مرجع سابق — جـ ٢ ص ٧، عبد الرحمن الجزيري — الفقه على المذاهب الأربعة — مرجع سابق جـ ٤ ص ٣٠ وما بعدها، د/ مصطفى سعيد الخن — أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء — مرجع سابق ص ٥٧٩.

وحجتهم في ذلك القياس، وذلك أنهم قاسوا الثيب الصغيرة على البكر الصغيرة فتجبر على الزواج مثلها.

ذلك أن أبا حنيفة يرى العلة في البكر الصغيرة هي الصغر لا البكارة وهي موجودة في الثيب الصغيرة. ويرى الإمام مالك أن العلة هي الصغر أو البكارة فأيهما وجد حصل به جواز الإجمار وهذا يعني أنهم خصصوا عموم الأدلة الواردة بشأن الثيب بالقياس. وواضح أن سبب اختلاف الفقهاء بالنسبة للثيب الصغيرة ومدى جواز إجمارها على الزواج، مرجعه اختلافهم في موجب الإجمار، وبعبارة أخرى، هل ولاية الإجمار في حق البنات معللة بالبكارة أو الصغر؟

فمن قال إنها معللة بالصغر قال تجبر الثيب الصغير لوجود علة الإجمار في حقها وهو الصغر وهم الحنفية يقول الإمام الكاساني: "والأصل أن هذه الولاية تدور على أصل أصحابها تدور مع الصغر وجودا وعدما في الصغير والصغيرة. وعنده — الشافعي — في الصغير كذلك أما في الصغيرة فإنها تدور مع البكارة وجودا وعدما<sup>(١)</sup>.

ومن قال أنها معللة بالبكارة قال: لا تجبر الثيب الصغيرة، وهم الشافعية ورواية عن الحنابلة، حيث يربطون الإجمار وعدمه بالبكارة والثبوبة لا بالصغر والكبر.

ومن قال كل واحد منهما — البكارة والصغر — يوجب الإجمار إذا انفرد قال: تجبر الثيب الصغيرة، وهو تعليل الإمام مالك. وذكر ابن رشد: أن الأصول أكثر شهادة لتعليل أبي حنيفة<sup>(٢)</sup>.

---

(١) ابن نجيم — البحر الرائق — مرجع سابق ج ٣ ص ١١٩، الكاساني — بدائع الصنائع — مرجع سابق ج ٢ ص ٣٦١.

(٢) راجع في تفصيل هذا الخلاف على سبيل المثال: ابن رشد — بداية المجتهد ونهاية المقتصد — مرجع سابق ج ٢ ص ٨، ابن قدامة — المغني — مرجع سابق ج ٧ ص ٤٥١، الكاساني — بدائع الصنائع — مرجع سابق ج ٢ ص ٣٦١، ابن جزى — القوانين الفقهية — مرجع سابق ص ١٣٣، الماوردي — الحاوي الكبير — مرجع سابق ج ٩ ص ٦٧، ابن حجر — فتح الباري — مرجع سابق ج ٩ ص ٢٣٢، الزنجاني — تخريج الفروع على الأصول — مرجع سابق ص ٢٥٧-٢٥٨، ابن اللحام — القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها في الأحكام الفرعية — دار الكتب العلمية — بيروت — لبنان — الطبعة الأولى سنة ١٩٩٥، ص ٢٥، ابن المرتضى الزبيدي — البحر الزخار — مرجع سابق ج ٤ ص ٢٨، د/ رمضان على السيد الشرنباصي — المكوت ودلالته على الأحكام الشرعية — مرجع سابق ص ١٨٨ ==

ويؤخذ من ذلك : أنه لا خلاف بين الفقهاء بشأن الثيب البالغ، وضرورة استثمارها، وإعلان إرادتها صراحة باللفظ أو الفعل.

أما خلاف الفقهاء فيجري بشأن الثيب الصغيرة على نحو ما ذكرنا - وإن كان الراجح - فيما يبدو لى - هو رأى الإمام الشافعي - رحمه الله - لأن الثيب ولو كانت صغيرة ، فإنها بعد مرورها بزيجة انتهت سواء بموت الزوج، أو بالطلاق تستطيع أن تعبر عن رأيها صراحة من غير أن يمنعها الحياء من ذلك، فليس من المتصور اليوم فى ظل الحرية المفترى عليها - حيث الاختلاط والتحرر الزائد من معظم الفتيات أن توافق فتاة على زيجة رغما عنها، كما أنها أيضا لا تجد ما يمنعها من إصرارها على زيجة أخرى تراها مناسبة لها. فهذا شأن أغلب الفتيات الآن سواء أكن ثيبات أم أبكارا<sup>(١)</sup>.

كما يدعم ترجيح هذا الرأى أيضا عموم النصوص الواردة بهذا الشأن حيث لم تفرق بين ثيب كبيرة أو صغيرة.

كما أن قياس الثيب الصغيرة على البكر الصغيرة، وتخصيص عموم الأدلة بذلك هو قياس مع الفارق ؛ لأن هذه ثيب ، وتلك بكر .

**من هى الثيب ؟**

بعد أن فرغنا من دراسة مسألة سكوت الثيب فى الزواج، وعلمنا من خلال تلك الدراسة أن سكوتها لا يعد إذنا منها بالزواج، ولا دليلا على الرضا به، فإن المقام يقتضى - إتماما للفائدة - أن نعرف من هى الثيب، وما هى الثيبوبة التى ترفع الإجمار، وتوجب النطق بالرضا أو الرد<sup>(٢)</sup>، نظرا لتعلق الأحكام الشرعية بذلك.

**والثيب فى اللغة :** من ثاب بثوب إذا رجع، ومنه قيل للمكان الذى يرجع إليه الناس مثابة.

---

= وما بعدها، د/ عبد القادر محمد قحطان - السكوت المعبر عن الإرادة - مرجع سابق ص ١٤٩ - وما بعدها، سعيد الخن - أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية فى اختلاف الفقهاء - مرجع سابق ص ٥٠٤ .

(١) انظر فى هذا المعنى د/ نوال محمد الشاكر - التفريق بين الزوجين للعيوب - مرجع سابق ص ١٩٠ - ١٩١ .

(٢) ربما كان من المناسب ذكر ذلك أولا وقبل الخوض فى تفاصيل تلك المسألة إلا أننى أثرت البدء بالأهم، وهو : دراسة المسألة ثم بيان من هى الثيب ، بعد ذلك من باب إتمام الفائدة.

ومنه أيضا قيل للإنسان إذا تزوج ، ويستوى في ذلك الذكر والأنثى، يقال رجل  
ثيب ، وامرأة ثيب، قال ابن السكيت : وهو الذي دخل بامرأة ، وهي التي دخل بها  
وقيل للمرأة ثيبا لأنها ترجع بتغير الوجه التي كانت عليه من الحياء، والثيب من ليس  
ببكر (١).

وأما الثيب في اصطلاح الفقهاء: فقد اختلف الفقهاء في تعريفها بناء على  
اختلافهم في بعض ما تتحقق به الثيوبه حيث اتفقوا على بعض هذه الأمور واختلفوا في  
البعض الآخر منها.

وإن كانت حقيقة الثيوبه زوال العذرة، كما أن حقيقة البكارة بقاء العذرة (٢).

إلا أن الأحكام الشرعية — في هذا الصدد — ليست مبنية على ذلك بالإجماع (٣).

### مواطن الاتفاق:

١- لا خلاف في أن كل من زالت عذرتها بغير الوطء كأن تكون بسبب حيضة  
قوية، أو بوثبة ، أو حمل ثقيل ، أو طول تعنيس أى مكوث فترة طويلة بدون زواج، أو  
بجراحة في المحل المعلوم، أو السقوط على جسم حاد أو في مكان مرتفع أو غير ذلك  
مما لا يقع تحت حصر ، تعد بكرة في نظر الشرع لأن هذه أمور لا تتحقق بها الثيوبه  
شرعا. فهي في حكم البكر رغم زوال عذرتها (٤).

وذلك لأنها لم تختبر المقصود " أى لم تجرب الوطء" ولا وجد وطؤها في القبل  
فأشبهت من لم تزل عذرتها، كما أن البكر هي التي يكون مصيبتها أول مصيب، أى لم  
يصيبها مصيب وهذه كذلك، مشتق من الباكورة وهي أول الثمار ومن البكرة وهي أول

---

(١) انظر الفيومي — المصباح المنير — مرجع سابق جـ ١ ص ٩٦، الرازي — مختار الصحاح — مرجع  
سابق ص ٨٩، وكذلك ابن حجر في مقدمته للكتاب — فتح الباري — مرجع سابق — المقدمة ص ١٢٣.

(٢) العذرة لغة : البكارة والعذراء البكر . واصطلاحا : هي الجلدة الرقيقة بموضع المهبل، والتي تسمى حاليا  
في الطب غشاء البكارة ، انظر الرازي — مختار الصحاح — مرجع سابق ص ٤٢٠، د/ نوال محمد  
الشاكر — المرجع السابق — هامش ص ١٩٠.

(٣) انظر : الكاساني — بدائع الصنائع — مرجع سابق جـ ٢ ص ٣٦٤.

(٤) هناك وجه مرجوح في الفقه الشافعي يعد هذه الأمور تحقق الثيوبه وتعد معها المرأة ثيبا. إلا أن الراجح  
أنها ليست كذلك، إذ تظل البنت بكرة، وتأخذ حكم الأبكار. انظر : ابن خطيب الدهشة — مختصر من  
قواعد العلائي وكلام الإسني — مرجع سابق جـ ٢ ص ٤١٥، الماوردي — الحاوي الكبير — مرجع  
سابق جـ ٩ ص ٦٦.

النهار<sup>(١)</sup>.

٢ - ولا خلاف<sup>(٢)</sup> أيضا في أن من زالت عذرتها بوطء يتعلق به ثبوت النسب أي الوطء بعقد صحيح، أو فاسد أو بوطء بشبهة<sup>(٣)</sup>، تكون ثيبا، لأن الوطء<sup>(٤)</sup> على هذا النحو يحقق الثبوتية باتفاق.

وهذا قدر متفق عليه بين الفقهاء.

### مواطن الخلاف :

١ - اختلف الفقهاء فيمن زالت عذرتها بالزنا، أي بوطء حرام، حيث ذهب بعض الفقهاء إلى أنها بكر مطلقا، سواء أشتهرت بذلك أم لم تستهر ويذهب البعض إلى أنها ثيب مطلقا اشتهرت به أم لم تستهر.

---

(١) انظر في ذلك ابن قدامة - المغني - مرجع سابق - ج ٧ ص ٤٥٤، الصاوي بلغة السالك - مرجع سابق - ج ١ ص ٣٨١، السرخسي - المبسوط - مرجع سابق - ج ٧، البابرني - شرح العناية على الهداية - مرجع سابق - ج ٢ ص ٤١٢، المرغيناني - الهداية - مرجع سابق - ج ٢ ص ٤٠٢، ابن القيم - شرح فتح القدير - مرجع سابق - ج ٢ ص ٤٠٢، الكاساني - بدائع الصنائع - مرجع سابق - ج ٢ ص ٣٦٤، أطفيس - شرح كتاب النيل وشفاء الليل - ج ٦ ص ١٢٣، وفي هذا الصدد ذكر ابن خطيب الدهشة : " من زالت بكارتها بغير وطئ كالوثبة ونحوها فيه وجهان أصحهما لا، بل حكمها حكم الأبكار فإن المقتضي للفرقة بين البكر والثيب إنما هو الاختلاط بالرجال ومعرفتها بالأمور وزوال ما عند البكر من الحياء، وذلك مفقود فمن زالت بكارتها بغير الوطء .. ابن خطيب الدهشة - مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي - مرجع سابق - ج ٢ ص ٤١٥.

(٢) انظر للكاساني - بدائع الصنائع - مرجع سابق - ج ٢ ص ٣٦٤.

(٣) والمقصود بالشبهة أي شبهة تدرء الحد عن الزوج سواء أكانت شبهة فاعل كمن يطؤ امرأة يظنها أنها زوجته أم شبهة طريق، أي إنه فعل الشبهة الحل بقول عالم يصح نقله وهكذا أو وطئ بعقد فاسد تخلف فيه شرط من شروط صحته كأن يتم بغير شهود - راجع في ذلك - الصاوي بلغة السالك - مرجع سابق - ج ١ ص ٣٧٨، عبد الرحمن الجزيري - الفقه على المذاهب الأربعة - المكتبة التجارية الكبرى - الطبعة الخامسة - بدون تاريخ - ج ٤ ص ١٢٢.

(٤) للوطء المقصود هنا : هو الوطء في القبل. فالموطوءة في الدبر لم تصير ثيبا ولا حكمها حكمهن لأنها غير موطوءة في القبل بل أن حكمها حكم الأبكار لعدم ممارستها للرجال بالوطء في محل البكارة، وإن وجد الاختلاط على وجه أفحش من مخالطة الموطوءة في القبل إلا أن النظر إلى ذلك يؤدي إلى إبطال ما علق عليه الشارع من البكارة والثبوتية.

انظر ابن قدامة - المغني - مرجع سابق - ج ٥ ص ٤٥٤، الرملي - نهاية المحتاج - مرجع سابق - ج ١ ص ٢٣٠، البهوتي - الروض المربع - مرجع سابق - ج ٢ ص ٣٠٢، البكري - الاعتناء في الفرق والاستثناء - مرجع سابق - ج ١ ص ٨٠٥، ابن خطيب الدهشة - مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي - مرجع سابق - ج ٢ ص ٤١٥.

وأخيرا يذهب البعض إلى عدها ثيبا إن اشتهرت بذلك، أما إذا لم تشتهر بذلك فإنها تظل بكرة حكما وتأخذ حكم الأبكار<sup>(١)</sup>.

٢ - كما اختلفوا أيضا فيمن تزوجت ولم تزل بكارتها لعدم الدخول حيث يرى جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة أنها بكرة ولو طال مكثها مع الزوج<sup>(٢)</sup>.

في حين يرى المالكية أنها تكون ثيبا إذا أقامت مع زوجها سنة من يوم دخول الزوج بها، إذا تكررت بعد فراقها الوطء مع العلم بخلوتها. وتكون بكرة إذا علم عدم الخلوة بها، وعدم الوصول إليها، ولو أقامت مع الزوج أكثر من سنة<sup>(٣)</sup>.

وبعد.. فقد استعرضنا آراء الفقهاء - استعراضا موجزا - فيما يحقق الثبوة وما تصير به المرأة ثيبا.

وسبب اختلاف الفقهاء كما ذكر ابن رشد بقوله: " وسبب اختلافهم هل يتعلق الحكم بقوله عليه الصلاة والسلام: " الثيب أحق بنفسها من وليها: " بالثبوة الشرعية أم بالثبوة اللغوية " <sup>(٤)</sup>. والمراد بالثبوة اللغوية ، حقيقة الثبوة بقطع النظر عن سببها أى محرد زوال العذرة. أما الثبوة الشرعية أى زوال العذرة بوجه شرعي.

وعلى كل ، فإن من رأى من الفقهاء أن المراد الثبوة اللغوية جعل الثبوة متحققة بكل ما يزيل العذرة، سواء أكان بوطء حلال، أم حرام .

ولذلك، عرف هؤلاء الفقهاء الثيب بأنها: " هي الموطوءة فى القبل سواء أكان

---

(١) راجع فى تفصيل هذا الخلاف : ابن قدامة - المغني - مرجع سابق ج ٧ ص ٤٥٣، الكاساني - بدائع الصنائع - مرجع سابق ج ٢ ص ٤٦٣، البابرتي - شرح العناية - مرجع سابق ج ٢ ص ٤٠٢، المرغيناني - الهداية - مرجع سابق ج ٢ ص ٤٠٢، الدسوقي - حاشية الدسوقي - مرجع سابق ج ٢ ص ٢٢٢ وما بعدها، الماوردي - الحلو الكبير - مرجع سابق ج ٩ ص ٦٦، ابن نجيم - البحر الرائق - مرجع سابق ج ٣ ص ١٢٤، ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد - مرجع سابق ج ٢ ص ٨، ابن المرتضى - البحر الزخار - مرجع سابق ج ٤ ص ٢٨، أطفيش - شرح كتاب النيل وشفاء العليل - مرجع سابق ج ٦ ص ١٢٣، الصاوي - بلغة السالك - مرجع سابق ج ١ ص ٣٨١، د/ نوال محمد الشاكر - التفريق بين الزوجين للعيوب - مرجع سابق ص ١٩٢ وما بعدها.

(٢) ابن الهمام - شرح فتح القدير - مرجع سابق ج ٢ ص ٤٠٣، السرخسي - المبسوط - مرجع سابق ج ٥ ص ٧، الرملي - نهاية المحتاج - مرجع سابق ج ٦ ص ٢٣٠، ابن المرتضى - البحر الزخار - مرجع سابق ج ٤ ص ٢٩.

(٣) الدسوقي - حاشية الدسوقي - مرجع سابق ج ٢ ص ٢٢٣، الدردير - الشرح الصغير - المرجع السابق ج ٢ ص ٧٩، الصاوي - بلغة السالك - مرجع سابق ج ١ ص ٣٨١.

(٤) ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد - مرجع سابق ج ٢ ص ٨.

الوطء حلالاً أم حراماً". وهذا مذهب الشافعية ، والنخابلة ، وأبى يوسف ومحمد من الحنفية . على أساس أن الثيب — فى نظرهم — هى من زالت عذرتها ، وهى — أى المزنى بها — كذلك فيجري عليها أحكام الثيب <sup>(١)</sup>.

وأما من رأى من الفقهاء أن المراد الثوبة الشرعية، ذهب إلى أن من أزيلت بكارتها بالفجور أى الزنا فهى بكر لا ثيبا، حكمها حكم الأ بكر فى إنزها وتزويجها، على أساس أن علة الاكتفاء بصمات البكر الحياء، والحياء من الشئ لا يزول إلا بمباشرته، وهذه لم تبأشر بالإذن فى النكاح فيبقى حياؤها منه بحالته، وهذا مذهب الإمام أبى حنيفة والإمام مالك <sup>(٢)</sup>.

إلا أنه ورد عن المالكية تقييدهم الزنا الذى لا تتحقق به الثوبة بكونه لم يتكرر <sup>(٣)</sup> بحيث استشعرت به وهو مروي عن الإمام أبى حنيفة أيضا.

وهذا — بحق — محل اعتبار، لأن من اعتادت على الزنا واشتهرت به لا يلقى حياؤها، ومن ثم تأخذ حكم الثيب. أما إذا حدث لها الزنا مرة لم تتكرر ولم تشتهر بذلك فهى بكر شرعا؛ لأن الشرع لم يظهر ذلك الفعل عليها، بل أمرها ووليها بالستر استحسانا لعدم إشاعة الفاحشة ، لقوله — صلى الله عليه وسلم — " أيها الناس قد آن لكم أن تنتهوا عن حدود الله. من أصاب من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله فإنه من يبدي لنا صفحته نقم عليه كتاب الله " <sup>(٤)</sup>.

ولأنها — من لم تشتهر بالزنا — هى بكر فى عرف الناس، فتظل كذلك <sup>(٥)</sup>.

(١) ابن قدامة — مرجع سابق — ج ٧ ص ٣٥٤، الكاساني — بدائع الصنائع — مرجع سابق — ج ٢ ص ٣٦٤.

(٢) السرخسي — المبسوط — مرجع سابق ج ٥ ص ٧، البابرتي — شرح العناية — مرجع سابق ج ٢ ص ٤٠٢، المرغيناني — الهداية — مرجع سابق ج ٢ ص ٤٠٢، ابن قدامة — المغني — مرجع سابق ج ٧ ص ٤٥٣، ابن رشد — بداية المجتهد ونهاية المقتصد — مرجع سابق ج ٢ ص ٨، الدسوقي — حاشية الدسوقي — مرجع سابق ج ٢ ص ٢٢٣، الكاساني — بدائع الصنائع — مرجع سابق ج ٢ ص ٣٦٤.

(٣) الدسوقي — حاشية الدسوقي — مرجع سابق ج ٢ ص ٢٢٣، الصاوي — بلغة السالك — مرجع سابق ج ١ ص ٣٨١، ابن نجيم — البحر الرائق — مرجع سابق ج ٣ ص ١٤٤.

(٤) الإمام مالك — الموطأ — مرجع سابق ص ٨٢٥ — كتاب الحدود — باب ما جاء فيمن اعترف على نفسه بالزنا.

(٥) ابن نجيم — البحر الرائق — مرجع سابق ج ٢ ص ١٢٤، البابرتي — العناية — مرجع سابق ج ٢ ص ٤٠٢، الماوردي — الحاوي الكبير — مرجع سابق ج ٩ ص ٦٦.



إضافة إلى ما سبق ، فإن الشارع لم يرتب على فعلها أى أحكام من حيث المهر أو العدة أو النسب ونحو ذلك من الأحكام التى تترتب على الثبوتية<sup>(١)</sup>.

وبناء على ذلك، فإننى أرى الأخذ بهذه التفرقة التى وردت عن المالكية حيث تعد من اشتهرت بالزنا ثيبا، ومن لم تشتهر به بكرا حكما.

وطبقا لما سبق يكون المراد بالثيب فى اصطلاح الفقهاء هى : " من وطئت فسى قبلها بنكاح صحيح، أو فاسد ، أو بشبهة ، أو بزنا اشتهرت به " <sup>(٢)</sup>.

تلك هى الثيب التى لا بد من نطقها، أو إنها صراحة بالنكاح، وقبض الصداق. نظرا لتحقيق ما يوجب الثبوتية فى حقها، ويرفع عنها ولاية الإجماع.

ويخرج بهذا التعريف من وطئت فى دبرها، وكذلك من أزيلت بكارتها بغير الوطء كالوثبة ونحوها مما ذكره الفقهاء الذى سبق بيانه.

فلا خلاف بين الفقهاء فى أن هذه الأمور لا تتحقق بها الثبوتية شرعا. ويخرج أيضا من أزيلت بكارتها بوطء حرام وقع منها مرة بحيث لم تشتهر به أو لم تحد به فهذه أبضا تعد فى حكم الأبكار. لما سبق أن ذكرنا من مبررات لذلك<sup>(٣)</sup>. أما من تكرر منها الزنا بحيث اشتهرت به أو حدث فيه فإنها تكون ثيبا لغة وشرعا. بحيث تجرى عليها أحكام الثيب إذ إنها فقدت عذرتها ، كما أنها فقدت حيائها.

---

(١) د/ نوال محمد الشاكر — مرجع سابق ص ١٩٧.

(٢) انظر فى هذا المعنى : عبد الرحمن الجزيري — الفقه على المذاهب الأربعة — المكتبة التجارية الكبرى — الطبعة الخامسة — بدون تاريخ — ج١ ص ٣٢.

(٣) راجع ما ذكر فى الصفحة السابقة.

### ٣- المسألة الثالثة

#### سكوت زوجة العنين

هذه المسألة ذكرها الإمام ابن نجيم مثالا تطبيقيًا عمليًا على قول الفقهاء "لا ينسب إلى ساكت قول". فقد جاء في كتابه الأشباه والنظائر: "وكذا سكوت امرأة العنين ليس برضا، ولو أقامت معه سنين" (١).

والمعنى العام لهذه المسألة: أن زوجة العنين — أى من به عيب العنة — لا يعد سكوتها — بعد علمها بهذا العيب — رضا منها به، ومن ثم لا يسقط سكوتها حقها فى طلب التفريق بناء عليه، حتى ولو أقامت معه سنين (٢).

ودراسة تلك المسألة تقتضي التعريف بعيب العنة، ومدى ثبوت حق التفريق بهذا العيب، وأثر سكوت زوجة العنين على حقها فى طلب التفريق. وهذا ما سنتناوله — بشكل موجز — فيما يلي:

#### أولاً: التعريف بعيب العنة:

##### أ - العنة فى اللغة:

العنة لغة: عجز يصيب الرجل فلا يقدر معه على الجماع، ومن به هذا العيب يقال له عنين، أى لا يقدر على إتيان النساء، أو لا يشتهي النساء، وامرأة عنيئة، لا تشتهي الرجال.

وقيل: هو من لا يأتي النساء عجزاً لعدم انتشار ذكره، ولا يريدهن، وقد يكون ذلك لمرض، أو كبر سن، أو يصل إلى الثيب دون البكر.

والعنة، مأخوذة من معنى الاعتراض، كأن العنين اعترضه ما يحبسه عن النساء

---

(١) ابن نجيم — الأشباه والنظائر — مرجع سابق — ص ١٥٤، الحموي — غمز عيون البصائر — مرجع سابق — ج ١ ص ٤٣٩.

(٢) الحموي — غمز عيون البصائر — مرجع سابق — ج ١ ص ٤٣٩.

ويسمى عنيئا؛ لأن ذكره يعن بقبل المرأة يمينا وشمالا فلا يقصده<sup>(١)</sup>.

## ب - العنة في اصطلاح الفقهاء:

عرف الفقهاء العنة بتعريفات كثيرة ، حسبنا منها ما ذكره بعضهم بأن العنة هي :  
"عدم القدرة على إتيان النساء ."

وبناء عليه، فإن العنين هو : " الذي لا يقدر على إتيان النساء " أى العاجز عن  
إيلاج ذكره " (٢). لا فرق في ذلك بين أن تقوم آلهة أو لا تقوم، وبين أن يصل إلى الثيب  
دون البكر، أو إلى بعض النساء دون بعض. وسواء أكان ذلك بسبب مرض أو ضعف  
في خلقته أم لكبر سنه، أم لسحر، أم لغير ذلك من كل ما يؤدي إلى عدم استطاعته  
الوطء، كصغر الذكر جدا كما يرى فقهاء المالكية، وإن كان هؤلاء - المالكية - تحدثوا  
عن عيب آخر يكمل معنى العنة وهو عيب الاعتراض أى عدم انتشار الذكر<sup>(٣)</sup>، فالواقع  
أن العنة ليس معناها صغر الذكر فقط، أو لينه وعدم انتشاره فقط كما ذهب الشافعية<sup>(٤)</sup>،  
وإنما العنة هي العجز عن إيلاج الذكر مطلقا أيا كان سبب ذلك.

والمقصود هنا العجز عن الوطء في القبل كما يرى جمهور الفقهاء؛ لأن القبل هو  
موضع الحرث الذي أمر الله تعالى به، ولا يخرج عن العنة لو كان قادرا على وطء  
الدبر فقط<sup>(٥)</sup>.

---

(١) الفيومي - المصباح المنير - مرجع سابق - ج ٢ ص ٨٤، الرازي - مختار الصحاح - مرجع سابق - ص ٤٥٨، الصنعاني - سبل السلام - مرجع سابق ج ٣ ص ١٠٢١، ابن نجيم - البحر الرائق - مرجع سابق ج ٤ ص ١٣٣.

(٢) هذا التعريف لفقهاء الحنفية والحنابلة : انظر : ابن قدامة المقدسي - الشرح الكبير - مرجع سابق، البابرتي - العناية - مرجع سابق ج ٣ ص ٢٦٢، ابن نجيم - البحر الرائق - مرجع سابق ج ٤ ص ١٣٣، ابن عابدين - حاشية رد المحتار على الدر المختار - مرجع سابق ج ٣ ص ٤٩٤، وقريب منه ما ذكره السيد البكري الشافعي لأن العنة هي : " العجز عن الوطء في القبل لضعف الآلة أو القلب أو لكبر " . انظر السيد البكري - حاشية إعانة الطالبين - مرجع سابق ج ٣ ص ٣٣٥، الشرقاوي حاشية الشرقاوي على التحرير - مطبعة دار إحياء الكتب العربية - بدون تاريخ ج ٢ ص ٢٥٤.

(٣) لأن المالكية يعرفون العنين بأنه " صغر الذكر بحيث لا يتأتى به الجماع " انظر الدسوقي - حاشية الدسوقي - مرجع سابق ج ٢ ص ٢٧٨، الصاوي - بلغة السالك - مرجع سابق ج ١ ص ٢٥٤، الدردير - الشرح الصغير - مرجع سابق ج ٢ ص ١٠٧، ابن جزي - القوانين الفقهية - مرجع سابق ص ١٤٣.

(٤) لأن العنة عند الشافعية هي العجز عن الوطء للين الذكر وعدم انتشاره ، الماوردي - الحساوي الكبير مرجع سابق ج ٩ ص ٣٦٨، الشرقاوي - المرجع السابق ج ٢ ص ٢٥٤.

(٥) انظر : ابن عابدين - حاشيته رد المحتار - مرجع سابق ج ٣ ص ٤٩٤، ابن قدامة المقدسي - الشرح الكبير - مرجع سابق ج ٨ ص ١٠، السيد البكري - حاشية إعانة الطالبين - مرجع سابق ج ٣ ص ٣٣٥، الشرقاوي - حاشيته على شرح التحرير - مرجع سابق ج ٢ ص ٢٥٤.

والعنة قد تكون أصلية، وقد تكون طارئة، فالعنة الأصلية هي ما تعرف في الطب بالعجز الجنسي الأولى ، وهي توجد بالرجل بأصل خلقته وتكوينه وتبدأ منذ بلوغه أما العنة الطارئة فهي التي تلحق بالرجل بعد أن كان سليما وذلك لمرض أو شيخوخة أو ضعف يؤدي إلى عنته. وقد تكون عضوية، أو نفسية ، فالعضوية يكون منشؤها عضويا في جسد الرجل ، أما النفسية فهي التي تعود إلى أسباب نفسية كالخوف وعدم الميل للنساء عموما، أو فرط حياء ، أو غير معلومة السبب.

وقد تكون مطلقة، أى بالنسبة لجميع النساء، فى الدبر أو القبل. وقد تكون نسبية أى تمنع الرجل من وطء بعض النساء دون بعض أو فى البكر دون الثيب، أو تمنعه فى القبل دون الدبر<sup>(١)</sup>.

والمعتبر فى ذلك عنة الرجل بالنسبة لزوجته دون غيرها بحيث لم يتمكن من إتيانها فى قبلها مطلقا.

### ثانيا: مدى ثبوت حق التفريق للزوجة لعيب العنة :

هذه المسألة تتعلق بموضوع الخيارات فى عقد الزواج، وبخاصة خيار العيب<sup>(٢)</sup>.

فمن المعلوم انه لا خلاف بين الفقهاء فى عدم ثبوت خيار الرؤية ولا خيار الشرط فى عقد الزواج<sup>(٣)</sup>.

---

(١) راجع فى ذلك : د / نوال محمد الشاكر — المرجع السابق ص ٧١ - ٧٢.

(٢) سبق أن عرفنا الخيارات وأنواعها فى الفقه الإسلامى فى موضع سبق ونذكر بأن المراد بخيار العيب هو : الحق فى فسخ العقد لوجود عيب فى المعقود عليه مما لا يتسالمح فيه فى العادة ويؤثر على الرضا بالعقد نفسه. ويراد به فى عقد الزواج " حق أحد الزوجين فى طلب التفريق وإنهاء العلاقة الزوجية إذا وجد بصاحبه عيبا متى توافرت شروط ذلك " .

انظر فى هذا المعنى : الدسوقي — حاشية الدسوقي — مرجع سبق جـ ٥ ص ٢٧٧ ، ابن قدامة المقدسي — الشرح الكبير — مرجع سابق جـ ٨ ص ٣.

(٣) وفى ذلك يقول ابن قدامة : " ولا يثبت فى النكاح خيار سواء فى ذلك خيار المجلس، وخيار الشوط، ولا نعلم أحدا خالف فى هذا، وذلك لأن الحاجة غير داعية إليه، فإنه لا يقع من الطالب إلا بعد ترو وفكر ومسألة كل واحد من الزوجين عن صاحبه والمعرفة بحاله، بخلاف البيع الواقع فى الأسواق من غير فكر ولا رؤية ولأن النكاح ليس بمعاوضة محضة ، ولهذا لا يعتبر فيه العلم بالمعقود عليه برؤية ولا صفة.. " انظر ابن قدامة — المعنى — مرجع سابق جـ ٧ ص ٤٩٨.

ويقول الكاساني " وخطو النكاح من خيار الرؤية ليس شرط للزوم للنكاح، حتى لو تزوج امرأة ولم يريها لا خيار له إذا رآها بخلاف البيع، وكذا خلوه عن خيار الشرط سواء جعل الخيار للزوج أو للمرأة، أو لهما ثلاثة أيام أو أقل أو أكثر حتى لو تزوجت بشرط الخيار بطل الشرط وجاز النكاح " .

انظر الكاساني — بدائع الصنائع — مرجع سابق — جـ ٢ ص ٤٨٥ .

فلا خلاف بين الفقهاء فى عدم ثبوت خيار الرؤية ولا خيار الشرط فى النكاح. وإنما الكلام فى هذا الصدد — فى الخيارات فى النكاح — عن خيار العيب ومدى ثبوته لأحد الزوجين، أو لكليهما، ومدى جواز التفريق بين الزوجين للعيوب.

وقد اختلف العلماء فى ذلك، حيث منعه الظاهرية مطلقاً فلا خيار — عندهم — لأحد الزوجين، أو لكليهما إذا ما وجد بصاحبه عيباً من العيوب أياً كان هذا العيب. فالتفريق بالعيب ممنوع مطلقاً<sup>(١)</sup>.

فى حين أجازته جمهور العلماء من الصحابة ومن بعدهم، حيث يرون جواز بين الزوجين للعيوب — من حيث المبدأ — وإن اختلفوا فى تفاصيل ذلك، وفى تعيين العيوب التى لها أثر على عقد الزواج.

فأجاز البعض ثبوت خيار التفريق للعيب للزوجة وحدها، فى حالة وجود عيوب محددة فى الزوج، ولا يثبت هذا الحق للزوج، حيث يغنيه عن ذلك استعمال حقه فى الطلاق لرفع قيد الزوجية ممن لا يريد<sup>(٢)</sup>.

وأجازته البعض للزوجة وللزوج أيضاً، ولكن بالنسبة لعيوب محددة على خلاف

---

== وخيار الرؤية هو " حق يثبت بمقتضاه للعائد أن يفسخ العقد أو بمضيه عند رؤية محل العقد المعين إذا لم يكن رآه حين التعاقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه " .

وخيار الشرط هو " أن يكون لأحد المتعاقدين أو لكليهما أو لغيرهما الحق فى إمضاء العقد أو نسخه فى مدة معلومة إذا شرط ذلك فى العقد " .

أنظر : د/ محمد مصطفى شلبي — نظام المعاملات فى الفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ٣٩١، وراجع سابقاً فى صور التعبير بطريق الدلالة.

(١) أنظر : ابن جزى — القوانين الفقهية — مرجع سابق ص ١٤٣، ابن حزم — المحلى — مرجع سابق ج ١٠ ص ٥٨، ابن القيم — زاد المعاد — مرجع سابق ج ٤ ص ٣٠، الصنعاني — سبل السلام مرجع سابق ج ٣ ص ١٠١٩، د/ محمد كمال الدين إمام — الزواج والطلاق فى الفقه الإسلامى مرجع سابق ص ٢٥٢ .

(٢) هذا رأى للحنفية وقد اختلفوا فى عدد العيوب التى تجيز للزوجة طلب التفريق .

حيث يرى الإمام أبو حنيفة وأبوسيف أن ذلك محدد بعيوب ثلاثة هى : الجب ، الخضاء ، العنة .

بينما يرى محمد بن الحسن عدم التقيد بتلك العيوب الثلاثة بل بكل عيب لا يمكنها المقام معه إلا بضرر .

أنظر الكاساني — بدائع الصنائع — مرجع سابق ج ٢ ص ٤٨٣، د/ محمد سراج — الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية — مرجع سابق ص ٦٥، د/ محمد كمال الدين إمام — الزواج والطلاق فى الفقه الإسلامى — مرجع سابق — ص ٢٥٣ .

بينهم حول تحديد هذه العيوب<sup>(١)</sup>.

وأجازه البعض مطلقاً، بمعنى ثبوت حق الخيار في التفريق للعيوب لكلا الزوجين متى وجد بصاحبه عيباً ينفر منه، ولا يمكن المقام معه إلا بضرر، بحيث يحول دون المقصود من النكاح من غير تحديد لعيوب، أو حصر ذلك في عيوب محددة، أى إن هذا الحق — طبقاً لهذا الرأي — غير خاص بالزوجة أو الزوج ولا بعيوب دون آخر.

وهذا الرأي الأخير — رجحه الإمام ابن القيم ويبدو لى أيضاً انه الراجح، لأنه كما ذكر أحد أساتذتنا الأجلاء بحق — يتفق مع الأساس الفقهي الذي تقوم عليه نظرية التفريق للعيوب<sup>(٢)</sup>.

---

(١) هذا الرأي للمالكية والشافعية والحنابلة، حيث يرون ثبوت حق الخيار بالتفريق للعيوب للزوجين سواء، ولكنهم اختلفوا في تحديد العيوب التي تجيز ذلك.

فالمالكية: يحددون ذلك بثلاثة عشر عيباً يشتركان في أربعة: الجنون، والجزام، والبرص والعريضة " أى خروج الغائط عند الجماع " ويختص الرجل بأربعة هي: الخصاص، والجب، والعنة والاعتراض. وتختص المرأة بخمسة هي: الرق، والقرن، والعقل، والإفضاء، والبخر، وهذه العيوب يثبت بها الخيار من غير اشتراط، وما عداها لا يثبت الخيار بها إلا بشرط.

ويرى المالكية: أن ثبوت الخيار بهذه العيوب إن وجدت قبل العقد أو حينه، أما الحادثة بعده كان للزوجة وحدها أن ترد به الزوج أما الزوج فليس له أن يرد للزوجة — بالعيوب التي تحدث بعد العقد — لأنه قادر على مفارقتها بالطلاق إن تضرر، لأن الطلاق بيده بخلاف المرأة فلذا أثبت لها الخيار، فكانهم يتفقون في ذلك مع الحنفية في قصر حق الرد للزوجة دون الزوج، لكن فيما يحدث من تلك العيوب بعد الزواج.

انظر في ذلك: النسوقي — حاشية النسوقي — مرجع سابق جـ ٢ ص ٢٧٧-٢٧٨، الصاوي — بلغة السالك — مرجع سابق جـ ١ ص ١٠٦، ابن جزى — للقوانين الفقهية — مرجع سابق ص ١٤٢.

ويرى الشافعية: أن العيوب سبعة: ثلاثة مشتركة بين الرجل والمرأة وهي: الجنون والجزام والبرص، وتختص للزوجة، بالقرن والرق ويختص الرجل بالجب والعنة. فجملة العيوب سبعة.

انظر: الماوردي — الحاوي الكبير — مرجع سابق جـ ٩ ص ٣٨٨، النووي — روضة الطالبين — مرجع سابق جـ ٥ ص ٥١٢، السيد البكري — حاشية إعانة الطالبين — مرجع سابق جـ ٣ ص ٣٣٥، عبد الرحمن الجزيري — الفقه على المذاهب الأربعة — مرجع سابق جـ ٤ ص ١٩٣ الشرقاوي — حاشيته على التحرير — مرجع سابق جـ ٢ ص ٢٥٣.

ويرى الحنابلة: أن تلك العيوب ثمانية ثلاثة يشترك فيها الزوجان وهي الجنون والجزام والبرص واثنان يختصان بالرجل وهما: الجب والعنة. وثلاثة تختص بالمرأة وهي: الرق والعقل والقرن.

انظر: ابن قدامة — المغني — مرجع سابق جـ ٨ ص ١٧، التميمي — الشرح الكبير — مرجع سابق جـ ٨ ص ٤، البهوتي — الروض المربع — مرجع سابق جـ ٢ ص ٣٠٨ وما بعدها.

(٢) انظر في عرض هذا الرأي وترجيحه: ابن القيم — زاد المعاد — مرجع سابق جـ ٤ ص ٣١، الشوكاني — نيل الأوطار — مرجع سابق جـ ٦ ص ١٥٧، الصنعاني — سبل السلام — مرجع سابق جـ ٣ ==

وما يعيننا في هذا المقام هو عيب العنة ومدى ثبوت حق الخيار به للزوجة فـ في طلب التفريق من زوجها.

وفى ذلك ذهب جمهور العلماء إلى أن عيب العنة — يجيز للمرأة — طلب التفريق<sup>(١)</sup>.

وخالف في ذلك بعض العلماء<sup>(٢)</sup>، إذ يرون أن عيب العنة لا يفسخ به النكاح، ولا يثبت للمرأة الحق في طلب التفريق.

---

==ص ١٠١٩، القنوجي البخاري — الروضة الندية — مرجع سابق جـ ٣ ص ٣٢، د/ محمد كمال الدين إمام — الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ٢٥٥، د/ عبد القادر محمد قحطان — المرجع السابق ص ٢٧٧، هذا الرأي — كما ذكرنا — اختيار ابن القيم وقد نسبته إلى بعض أصحاب الشافعي رحمه الله — والزهرى حيث نقل عنه " .. وقال الزهرى : — رضى الله عنه — يرد النكاح من كل داء عضال " كما حكم به شريح ، كما نسبته الكاساني إلى الإمام محمد بن الحسن الشيباني . ويقول الإمام بن القيم فى ذلك : " والقياس إن كل عيب ينفذ الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار وهو أولى من البيع .. " ومن تدبر مقاصد الشرع فى مصادره وموارده، وعنده وحكمته، وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول، وقربه من قواعد الشريعة. ولما لاقتضاه على عيين ، أو ستة ، أو سبعة نون ما هو أولى منها أو مساو لها فلا وجه له، فالعمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين . أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات والسكوت عنه من أفحش التلبس والغش وهو مناف للدين، وقد قال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه — " لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له — أى عقيم — أخبرها أنك عقيم وخيرها. فماذا يقول — رضى الله عنه — فيما عدا ذلك من العيوب ... "

راجع ابن القيم — زاد المعاد — المرجع السابق جـ ٣ ص ٣١.

(١) نقل هذا الرأي ابن قدامة المقدسي ، حيث ذكر أن " العنة عيب بالرجل وتستحق به المرأة فسخ النكاح.. وهذا قول عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة بن شعبة — رضى الله عنهم — وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وعمرو بن دينار والنخعي.. وعليه فتوى فقهاء الأنصار منهم مالك وأبو حنيفة وأصحابه والثوري والأوزاعي والشافعي.. " كما نقله الكاساني أيضا، كما أنه واضح أيضا من خلال استقراء نصوص الفقهاء فى تحديدهم للعيوب التى تجيز التفريق — التى أشرنا إليها سابقا — حيث نجد أن عيب العنة لا خلاف بين من أجاز التفريق للعيوب من الفقهاء — على أنه من العيوب التى تجيز التفريق للمرأة.

انظر ابن قدامة المقدسي — الشرح الكبير — مرجع سابق جـ ٨ ص ٧٥٦، الكاساني — بدائع التصانيع — مرجع سابق جـ ٢ ص ١٧٦، الصنعاني — سبل السلام — مرجع سابق جـ ٣ ص ١٠٢١، الماوردي — الحاوي الكبير — مرجع سابق جـ ٩ ص ٣٦٨، راجع سابقا هامش الصفحات الثلاثة السابقة.

(٢) نقل هذا الرأي أيضا ابن قدامة المقدسي ونسبه إلى داود الظاهري ، كما نقله الصنعاني ونسبه إلى الإمام أحمد وجماعته من غير تحديد، كما نقله الإمام الكاساني من غير تحديد لهؤلاء العلماء — كما نقله الماوردي فى الحاوي الكبير ، محمد نجيب المطيعي — تكملة المجموع — منسوباً إلى الحكيم ابن عيينة وداود وأهل الظاهر.

وقد استدلل الجمهور على أنه يجوز للمرأة طلب التفريق للعنة، بالكتاب، والسنة والإجماع، والمعقول.

١ - فمن الكتاب قوله تعالى : " فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان " (١) .

وجه الدلالة من الآية الكريمة. أن الله تعالى أوجب على الزوج الإمساك بالمعروف أى بحسن صحبة وعشرة من غير أن يظلمها شيئاً من حقها، أو التسريح بالإحسان أى يطلق سراحها " بالطلقة الثالثة بعد الطلقتين " ويتركها لتتزوج بمن تشاء لعلها تسعد بزواج ثانٍ (٢).

ومعلوم أن استبقاء النكاح وحرمانها من حقها فى طلب التفريق أن اختارته مع كونها محرومة الحظ من الزوج ليس من الإمساك بالمعروف فى شئ فيتعين عليه التسريح بإحسان، فإن سرح بنفسه، وإلا ناب القاضي منابه فى التسريح (٣).

وقوله تعالى : " ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف " (٤)، فلما كان الوطاء حقاً له عليها وجب أن يكون حقاً لها عليه كذلك (٥).

٢ - ومن السنة : قوله - صلى الله عليه وسلم - : " لا ضرر ولا ضرار " (٦).

استدل العلماء من هذا الحديث على حق المرأة فى طلبها التفريق لعنة زوجها رفقا

---

= أنظر الكاساني - بدائع الصنائع - مرجع سابق ج ٢ ص ٤٧٦، ابن قدامة المقدسي - الشرح الكبير - مرجع سابق ج ٨ ص ٧، الماوردي - الحاوي الكبير - مرجع سابق - ج ٩ ص ٣٦٨، محمد نجيب المطيعي - تكملة المجموع - مرجع سابق ج ١٥ ص ٤٣٥، الصنعاني - سبل السلام - ج ٣ ص ١٠٢١، ابن حزم - المحلى - مرجع سابق ج ١٠ ص ٥٨.

(١) سورة البقرة ، آية [٢٢٩].

(٢) القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - مرجع سابق - المجلد الثاني ج ٣ ص ١١٨، ابن كثير - تفسير القرآن العظيم - مرجع سابق ج ١ ص ٢٧٢، د/ محمد على الصابوني - تفسير آيات الأحكام - مرجع سابق - ج ١ ص ٣٢١.

(٣) انظر الماوردي - الحاوي الكبير - مرجع سابق - ج ٩ ص ٢٢٨، الكاساني - بدائع الصنائع - مرجع سابق ج ٢ ص ٤٧٧.

(٤) سورة البقرة ، آية [٢٢٨].

(٥) الماوردي - الحاوي الكبير - مرجع سابق ج ٩ ص ٣٦٨.

(٦) أخرجه الإمام مالك فى الموطأ عن عمر بن يحيى عن أبيه ومرسلاً وأخرجه الحاكم فى المستدرک والبيهقي وأخرجه ابن ماجه - من حديث ابن عباس وعيادة بن الصامت - رضى الله عنهم. أنظر الإمام مالك - الموطأ - مرجع سابق ص ٧٤٥ كتاب الأقضية ، ابن نجيم - الأشباه والنظائر - مرجع سابق ص ٨٥.



للضرر الواقع عليها من هذا العيب، إذ إن في بقائها معه بهذا العيب ضررا بها وظلما في حقها، ومن ثم قلها أن ترفع أمرها إلى القضاء لطلب الفرقة.

٣- أما الإجماع ، فهو إجماع الصحابة - رضي الله عنهم - فقد روى أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قضى في العنين أنه يؤجل سنة ، فإن قدر عليها وإلا أخذت منه الصداق كاملا وفرق بينهما وعليها العدة، وروى عن ابن مسعود رضي الله عنه مثله، كما روى عن علي أيضا ، وكان قضاؤهم بمحضر من الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليهم أحد منهم فيكون إجماعا<sup>(١)</sup>.

#### ٤- وأما استدلالهم من المعقول من وجهين:

الأول: أن العنة عيب يمنع الوطاء ، والوطء مستحق على الزوج للمرأة بالعقد، ولو مرة واحدة، وفي إلزام العقد عند تقرر العجز عن الوصول تفويت المستحق بالعقد عليها، وهذا ضرر وظلم، لذلك يثبت الخيار به - بعيب العنة - كالجب رفعا للضرر والظلم الواقعين عليها نتيجة لهذا العيب<sup>(٢)</sup>.

الثاني: أن المهر عوض في عقد النكاح، والعجز عن الوصول يوجب عيبا في العوض، لأنه يمنع من تأكده بيقين - والعيب في العوض يوجب الخيار كما في البيع<sup>(٣)</sup>. ولأنه لما وجب له الخيار في فسخ نكاحها بالرتق لتعذر الجماع عليه مع قدرته على فراقها بالطلاق كان أولى أن يجب بعنة الزوج، لأنها لا تقدر على فراقها بالطلاق<sup>(٤)</sup>:

وقد استدل من ذهب إلى عدم ثبوت الخيار والتفريق للزوجة، بالسنة والمعقول:

١- فمن السنة: بما روى عن عائشة - رضي الله عنها - أنها قالت: جاءت امرأة رفاعة إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فقالت : كنت عند رفاعة فطلقني فبیت طلاقى فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير، وإن ما معه مثل هدبة الثوب فتبسم رسول الله

---

(١) الكاساني - بدائع الصنائع - مرجع سابق ج٢ ص٤٧٧، ابن قدامة المقدس - الشرح الكبير - مرجع سابق ج٨ ص٧، الماوردي - الحاوي الكبير - مرجع سابق ج٩ ص٣٦٨، وقد ذكر الماوردي في هذا الموضوع " وقد قال الشافعي في إثبات هذا الإجماع لا أحفظ عن لقبيته خلافا في ذلك "

(٢) الكاساني - بدائع الصنائع - مرجع سابق ج٢ ص٤٧٧، ابن قدامة المقدس - الشرح الكبير - مرجع سابق ج٨ ص٧، السرخسي - المبسوط - مرجع سبق ج٥ ص١٠٠.

(٣) الكاساني - بدائع الصنائع - مرجع سابق ج٢ ص٤٧٧.

(٤) الماوردي - الحاوي الكبير - مرجع سابق ج٩ ص٣٦٨، ومعلوم أن ذلك بناء على أقوال الشافعية ومن معهم في إثبات الخيار للزوجين بالنسبة لبعض العيوب التي سبق ذكرها.

- صلى الله عليه وسلم - فقال: " أتريدان أن ترجعنى إلى رفاعه ؟ لا ، حتى تذوقى عسيلته ، وذوق عسيلتك" (١).

وجه الاستدلال من الحديث الشريف: أن تلك المرأة ادعت العنة على زوجها ورسول الله - صلى الله عليه وسلم - لم يثبت لها الخيار أو لم يجز لها التفريق من زوجها - الثانى - ومن ثم، فإن عيب العنة لا يجيز للمرأة طلب التفريق.

وقد نوقش استدلالهم بهذا الحديث ، من جهة أن تلك المرأة لم تطلب الفسخ، بل فهم منها النبى - صلى الله عليه وسلم - أنها تريد أن يراجعها رفاعه ، فأخبرها أن عبد الرحمن حيث لم يذوق عسيلتها ولا ذاق عسيلته لا يحلها لرفاعة ، يدل على ذلك ما أخرجه الإمام مالك فى الموطأ " أن عبد الرحمن لم يستطع أن يمسه فطلقها فأراد رفاعه أن ينكحها وهو زوجها الأول فجاءت تستفتى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فأجابها بأنها لا تحل له"، وبذلك فلا حجة فى هذا الحديث على ما نحن فيه (٢).

كما نوقش أيضا بأن مقالة تلك المرأة لم تكن دعوى العنة، بل كانت كناية عن معنى آخر وهو دقة القضيب ، أو ضعفه وشبهته بهدبة الثوب مبالغة (٣).

٢- أما استدلالهم بالمعقول: فهم يرون أن عيب العنة لا يوجب فوات المستحق بالعد بيقين، فلا يوجب الخيار كسائر العيوب بخلاف الجب (٤)، فإنه يفوت المستحق بيقين.

وقد نوقش ذلك، بأن عيب العنة بمعناه المعروف وهو العجز عن الوطء لا يتحقق

---

(١) الحديث أخرجه البخارى ومسلم بروايات مختلفة - انظر مسلم - صحيح مسلم - مرجع سابق جـ ٢ ص ١٠٥٦ كتاب النكاح ، ابن حجر - فتح البارى - مرجع سابق جـ ١٠ ص ٣١٩ كتاب اللباس ٦ باب الإزار المهنج جـ ٩ ص ٤٤٤ كتاب الطلاق ص ٤٥٢ ، الإمام مالك - الموطأ - مرجع سابق ص ٥٣١ ، كتاب النكاح - باب نكاح المطل وما أشبهه - المراد بقول : " بت طلاقى - أى طلقنى ثلاثا والبت القطع وإن ما معه أى وإن الذى معه فى متاعه وهبة الثوب أى طرفه الذى لم ينسج - المعنى أن متاعه رخر كهديبة الثوب وهو كناية عن لين ذكره أو عنته وعسيلته - تصغير عسله - وهى كناية عن الجماع.

(٢) انظر الصنعانى - سبل السلام - مرجع سابق - جـ ٣ ص ١٠٢١.

(٣) انظر الكاسانى - بدائع الصنائع - مرجع سابق - جـ ٢ ص ٤٧٧ ، ابن قدامة - المقدسى - الشرح الكبير - مرجع سابق جـ ٨ ص ٧ ، الماوردى - الحاوى الكبير - مرجع سابق جـ ٩ ص ٣٦٩ السرخسى - المبسوط - مرجع سابق - جـ ٥ ص ١٠٠.

(٤) الجب: ومعناه قطع الذكر.

معه المقصود من الزواج ، فيوجب الخيار لما في استمرار النكاح من ظلم لها؛ لأنه يفسد عليها باب قضاء الشهوة بنكاحه، ومقصودها بالعقد قد فات بيقين<sup>(١)</sup>.

### الراجح:

من خلال عرضنا لأراء العلماء، وأدلتهم حول مدى ثبوت حق خيار التفريق بعيب العنة لزوجة العنين، يتبين لنا أن الراجح هو ما أجمع عليه الصحابة - رضى الله عنهم - وما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن عنة الزوج تثبت لزوجه خيار التفريق منه وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها عن المعارض، لكونه يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية التي توجب رفع الضرر والظلم عن العباد في المجالات كافة ، ومن ثم رفع الظلم والضرر عن زوجة العنين بمنحها الحق في طلب التفريق من زوجها، إذا اختارت الفرقة.

ومما يدعم ترجيح رأى الجمهور أيضا أن ما استدل به المانعون لثبوت خيار الزوجة ليس دليلا على ما يدعون.

هذا ، وقد اشترط الفقهاء لثبوت حق التفريق للعنة شروطا بعضها محل اتفاق وأخرى محل خلاف بين الفقهاء.

فقد اتفق الفقهاء - لتحقيق العنة - ومن ثم ثبوت حق التفريق بها - البلوغ والصحة بالنسبة للرجل ، إذ قد تكون عدم قدرته على الوطء بسبب صغره، وعدم تكون الشهوة لديه بعد، كذلك لو كان مريضا فلا تعتبر عنته إلا بعد شفائه وعودة صحته<sup>(٢)</sup>.

أما الشروط الأخرى التي اختلف الفقهاء بشأنها فهي إجمالا: عدم سبق وطء الزوجة - في قبلها - دون غيرها<sup>(٣)</sup> ، كما يشترط ألا تكون الزوجة عالمة بالعييب

---

(١) انظر في ذلك: الكاساني - ذائع الصنائع - مرجع سابق ج ٢ ص ٧٧ - السرخسي، المبسوط - مرجع سابق ج ٥ ص ١٠٠.

(٢) انظر في ذلك: عبد الرحمن الجزيري - الفقه على المذاهب الأربعة - مرجع سابق ج ١ ص ١٩٣ د/ نوال محمد الشاكر - المرجع السابق ص ٧٣.

(٣) ومقتضى هذا الشرط: عدم سبق الوطء من هذا الزوج لزوجته خاصة لغيرها من النساء فإذا كان قد وطئها ولو مرة واحدة فلا يعد عنيها بالنسبة لها فعتى وطئ إمرأته ثم لدعت عجزه لم تسمع دعواها لأنه لو وصلها أى وطئها مرة واحدة يكون قد وصل إليها حقها بهذا الوطئ والخيار إنما هو لتقويت الحق المستحق ولم يوجد، فالوطء ولو مرة قد تحققت قدرته على الوطئ في هذا النكاح وذالت عنته فلا خيار لها. وأما إن وصل إلى غير زوجته فلا يبطل ذلك حقها في الخيار لأن العبرة بوطئها منه دون غيرها==

وقت النكاح، ولا ترض به بعد علمها — بعد العقد — والاطلاع عليه. كما يشترط بعض الفقهاء ألا يكون بالزوجة عيب مانع من الاتصال الجنسي، فإذا كان بها عيب كالرتق مثلاً فلا حق لها في طلب التفريق، لأن الإضرار هنا غير متوافر، وهو أساس طلب التفريق<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً: أثر سكوت زوجة العنين على حقها في طلب التفريق:

إذا توافرت شروط التفريق للعنة — التي أشرنا إليها فيما سبق — ثبتت للزوجة حق مطالبته بالتفريق بعنة زوجها. ولكن ما الحكم لو سكنت الزوجة عن المطالبة بالتفريق فهل يعد سكوتها رضا منها بالعيب، وإسقاطاً لحقها في طلب التفريق؟

يرى عامة الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة أن سكوت زوجة العنين عن المطالبة بحقها في التفريق، بعد إطلاعها على عنته بعد الزواج<sup>(٢)</sup>

---

== وهذا رأى الجمهور — وذهب بعض الحنابلة إلى أن وطنه لأى امرأة يخرجها من العنة فى حق جميع النساء.

انظر فى ذلك النسوقى — حاشية النسوقى — مرجع سابق جـ ٢ ص ٢٨١ — الدردير — الشرح الصغير — مرجع سابق جـ ٢ ص ١٠٧، ابن قدامة المقدسى — الشرح الكبير — مرجع سابق جـ ٨ ص ٩، الحلوى — الإقناع — مرجع سابق جـ ٢ ص ٤٨١، الماوردى — الحاوى الكبير — مرجع سابق جـ ٩ ص ٣٦٩، السيد البكرى — حاشية إعانته الطالبين — مرجع سابق جـ ٣ ص ٣٣٥ الصاوى — بلغة السالك — مرجع سابق جـ ١ ص ٢٢٦، البهوتى — الروض المربع — مرجع سابق جـ ٢ ص ٣٠٩، ابن عابدين — حاشية رد المحتار — مرجع سابق جـ ٣ ص ٤٩٤.

(١) انظر المرجع السابق د/ محمد كمال الدين إمام — الزواج والطلاق فى الفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ٢٥٤، د/ نوال محمد الشاكر — المرجع السابق ص ٧٣ وما بعدها.

(٢) بل إن فقهاء المالكية والشافعية يرون أن علمها بعيب العنة قبل الزواج وإقدامها — مع ذلك — على الزواج منه لا يعد رضا منها بالعيب مسقطاً لحقها فى طلب التفريق وذلك على خلاف سائر العيوب حيث يبطل المطالبة بالرد بها بالعلم بها قبل العقد ومستند المالكية والشافعية فى ذلك: أن عيب العنة يختلف عن غيره من العيوب إذ قد يزول سببه فيجوز أن يبرأ منه ثم فإن إقدامه على العقد يفسر على أنها كانت ترجو براه وشفاءه.

انظر فى ذلك — النسوقى — حاشية النسوقى — مرجع سابق جـ ٢ ص ٢٧٧، الماوردى — الحلوى الكبير — مرجع سابق جـ ٩ ص ٣٧٢، د/ نوال محمد الشاكر — المرجع السابق ص ٨٩ وما بعدها.

وتجدر الإشارة إلى أن مسألة دلالة السكوت عن العيوب ذات ارتباط بمسألة خلافة عند الفقهاء وهى ثبوت خيار الفسخ بالعيب هل يكون على الفور أو على التراخى؟ فالقول بأنه على الفور مؤداه أن السكوت فى مجلس العلم بالعيب يكون رضا منه ولا يملك الفسخ. أما القول بالتراخى: فمؤداه أن السكوت لا يكون رضا بالعيب. بل يحق للسليم الفسخ متى شاء ما لم يصدر منه رضا قولياً أو فعلياً والواقع أنه فيما يختص بعيب العنة بالذات فإنه حتى القائلين بأنه على الفور لا يعدون سكوت الزوجة مبطلاً لحقها فى المطالبة بالتفريق. وفى ذلك يقول البكرى الشافعى: والعيوب على الفور إلا عيب العنة ولا ينافى==

وإقامتها معه، وتمكينه من نفسها لا يعتبر رضا منها بالعيب ، ولا يسقط حقها في المطالبة بالتفريق.

وقد صرح الفقهاء بذلك في كثير من النصوص منها على سبيل المثال ما جاء في المغنى لابن قدامة: " فإن علمت أنه عنين فسكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد، فلها ذلك"<sup>(١)</sup>. وما جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم بأنه: "وكذا سكوت امرأة العنين ليس برضا ولو أقامت معه سنين"<sup>(٢)</sup>.

وما جاء في حاشية الدسوقي: " .... إلا امرأة المعترض إذا علمت قبل العقد أو بعده باعتراضه ومكنته من التلذذ بها فلها الخيار حيث كانت ترجو برأه فيها ولم يحصل"<sup>(٣)</sup>.

وما جاء في كتاب الحاوي للماوردي: " ... وإن علمت المرأة بعنة الزوج كان حقها في مرافعته إلى الحكام على التراخي دون الفور، لأنه .. عيب مظنون وليس بمتحقق"<sup>(٤)</sup>، وما جاء في روضة الطالبين للنووي: " .. لكن لو سكتت ، وحمل القاضى سكوتها على دهشة أو جهل فلا بأس بتبنيها "<sup>(٥)</sup>.

فيستفاد من هذه النصوص أن حق المرأة - زوجة العنين - في المطالبة بالتفريق من زوجها لا يسقط بسكوتها ، فلا يعد هذا السكوت من قبلها رضا منها بالعيب بطريق

---

=الفورية ضرب سنة في العنة، انظر البكري - حاشية إعانة الطالبين - مرجع سابق - ج ٣ ص ٣٣٦ ويقول الماوردي أيضا: " وإن علمت المرأة بعنة الزوج كان حقها في مرافعته إلى الحاكم على التراخي دون الفور".

انظر الماوردي - الحاوي الكبير - مرجع سابق ج ٩ ص ٣٧٢ ، د/ عبد القادر قحطان - السكوت المعبر عن الإرادة - ص ٢٧٨.

(١) ابن قدامة - المغنى - مرجع سابق - ج ٨ ص ٢٢، ونفس النص أورده ابن قدامة المقدسي - الشرح الكبير - مرجع سابق - ج ٨ ص ١٨ - كما أورده أيضا الحجاوي في كتاب - الإقناع - مرجع سابق ج ٣ ص ٣٥٩.

(٢) ابن نجيم - الأشباه والنظائر - مرجع سابق ص ١٥٤.

(٣) الدسوقي - حاشية الدسوقي - مرجع سابق - ج ٢ ص ٢٧٧ ويلاحظ على هذا النص أنه: خاص بالمعترض - أي الذي لا ينتشر ذكره - إلا أننا علمنا أنه يدخل في عيب العنة.

(٤) الماوردي - الحاوي الكبير - مرجع سابق ج ٩ ص ٣٧٢، وثبت الخيار بعيب العنة على التراخي كما سبق أن ذكرنا حتى عند الشافعية الذين يرون أن الأصل في الخيار على الفور لا على التراخي. لكنهم استثنوا عيب العنة من ذلك.

(٥) النووي: روضة الطالبين - مرجع سابق ج ٥ ص ٥٣٠، الشرقاوي - حاشية الشارقاوي على شرح التحرير - مرجع سابق ج ٢ ص ٢٥٥.

الدلالة من خلال إقامتها معه زمنا ولو طويلا — وتمكينه من نفسها وتلذذه بها، لأر  
الرضا المعتد بها من المرأة في هذه الحالة لا يستفاد بطريق الدلالة.

بل لابد من تصريحها بذلك بأن نقول رضية بالمقام معه، أو رضية به عنيًا  
وما ماثل ذلك . أما السكوت فلا يعد دليلا على رضاها بذلك. حتى لو صاحبه فعل  
من جهتها كتمكينه منها أو الإقامة معه كما أشرنا سابقا<sup>(١)</sup>.

وإذ تقرر أن سكوت المرأة ليس رضا منها بعنة زوجها، فإنه يترتب على ذلك  
ثبوت حقها في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتفريق منه، وهنا يسأله القاضي هل وصل  
إليها أو لم يصل ، أى التأكد من تحقق العنة وشروط التفريق بها.

وإذا ثبت لدى القاضي أنه لم يصل إليها — أى لم يتحقق السوط منه لها —  
بإقراره، أو بظهور البكارة<sup>(٢)</sup> ، فإنه يؤجله ، أى يعطيه مهلة سنة كاملة، ولابد من ذلك  
كما فعله عمر — رضى الله عنه — ، وأجمع الصحابة عليه، وتابعهم الفقهاء في ذلك<sup>(٣)</sup>.  
والحكمة من تأجيل العنين سنة بعد رفع الزوجة الأمر إلى القضاء هي الوقوف  
على حال الزوج، ليعلم هل عنته من مرض طارئ فيرجى زواله، أو من بغضه لها مع  
القدرة على الوصول ، أو هي راجعة إلى نقص في أصل خلقته فلا يرجى زواله.

فمهلة السنة لاختباره خلال فصولها الأربعة، إذ قد ينفع الدواء فى فصل دون  
فصل لاحتمال أن تكون عنته من داء، أو طبيعة غالبية من الحرارة، أو البرودة ، أو

---

(١) انظر فى ذلك: الحجاوى — الإقناع — مرجع سابق — ج٣ ص٣٥٩ وفى ذات المعنى: الكاسانى —  
بدائع الصنائع — مرجع سابق — ج٢ ص٤٨٢ عبد الرحمن الجزيرى — الفقه على المذاهب الأربعة —  
مرجع سابق — ج٤ ص١٩١ د/ عبد القادر قحطان — المرجع السابق ص٢٩٣ ، نوال محمد الشاكر  
— المرجع السابق ص١٠٥.

(٢) هنا تثار مسألة كيفية إثبات العنة عند التنازع بشأنها بين الزوجين فإذا أقر الزوجان بذلك فلا مشكلة ، أما  
إذا أنكر الزوج عنته وادعى أنه وصلها، فإن كانت المرأة ثيبا فالقول قوله مع يمينه أنه وصل إليها لأن  
الثبوة دليل الوصول فى الجملة، والمانع من الوصول من جهته عارض، فكان الظاهر شاهد له ، إلا أنه  
يستحلف دفعا للتهمة أما إذا قالت المرأة إنها بكر نظر إليها النساء فإن قلن هى ثيب فالقول قول الزوج مع  
يمينه، وإن قلن هى بكر فالقول قولها... انظر فى ذلك: الكاسانى — بدائع الصنائع — مرجع سابق ج٢  
ص٤٧٧، ص٤٧٨ ، ابن قدامة المقدسى — الشرح الكبير — مرجع سابق ج٨ ص٨ ، الحجاوى —  
الإقناع — مرجع سابق ج٣ ص٣٦٠ ، الصاوى — بلغة السالك — مرجع سابق ج١ ص٤٢٦.

(٣) انظر السيد البكرى — حاشية إعانة الطالبين — مرجع سابق — ج٣ ص٢٣٦ ، الكاسانى — بدائع  
الصنائع — مرجع سابق ج٢ ص٤٧٨ ، السرخسى — المبسوط — مرجع سابق ج٥ ص١٠١ ، ابن  
الهام — شرح فتح القدير — مرجع سابق ج٢ ص٢٦٢.

الرتوبة ، أو اليبوسة ، فكان تأجيله سنة لاشتغالها على الفصول الأربعة المشتملة على الطبائع الأربع ، فيؤجل سنة لما عسى أن يوافقه بعض فصول السنة فيزول المانع ويقدر على الوصول<sup>(١)</sup>.

ويبدأ حساب السنة — طبقاً للرأى الراجح فى ذلك — من يوم ضرب القاضى الأجل للعنين ، وليس من وقت رفع الدعوى أمام القاضى، وذلك لاختلاف إجراءات التقاضى اليوم عما كانت عليه فى عهد الفقهاء، نظراً لتعدد وطول إجراءات التقاضى التى يفرضها العصر الحالى.. الأمر الذى قد تطول معه الفترة من يوم رفع الدعوى بالعنة إلى حين ثبوتها وحكم القاضى بالتأجيل، والذى يمكن معه انتهاء الأجل قبل صدور حكم القاضى، وهذا يتنافى مع الحكمة من التأجيل<sup>(٢)</sup>.

وللزوج فى خلال تلك السنة<sup>(٣)</sup> أن يقيم معها، وأن يضاجعها، ويجب عليها أن تمكنه من ذلك، لأن الحكمة من التأجيل — كما سبق — هى الاختبار والوقوف على حقيقة عنته، ومدى قابليتها للشفاء أو الزوال، وذلك لا يتأتى إلا بالمخالطة<sup>(٤)</sup>.

---

(١) انظر فى ذلك: للكسانى — بدائع الصنائع — مرجع سابق جـ ٢ ص ٤٧٨، الماوردى — الحاوى الكبير — مرجع سابق جـ ٩ ص ٣٧٠، السيد البكرى — حاشية إعانة الطالبين — مرجع سابق جـ ٣ ص ٣٣٦ الصاوى — بلغة المالك — مرجع سابق جـ ١ ص ٤٢٦، الدسوقي — حاشية الدسوقي — مرجع سابق جـ ٢ ص ٢٧٩، الحجاوى — الإقناع — مرجع سابق جـ ٣ ص ٣٥٩، السرخسى — المبسوط — جـ ٥ ص ١٠١.

(٢) والرأى الراجح المشار إليه هو رأى الشافعية والمالكية ، وعلى خلاف ذلك يرى الحنيفة والحنابلة أن السنة تبدأ من يوم رفع الدعوى.

انظر النووى — روضة الطالبين — مرجع سابق جـ ٥ ص ٥٣٠، الصاوى بلغة السالك — مرجع سابق جـ ١ ص ٤٢٦، ابن قدامة المقدسى — الشرح الكبير — مرجع سابق جـ ٨ ص ٨، الحجاوى — الإقناع — مرجع سابق جـ ٣ ص ٣٥٩، انظر فى ترجيح ذلك: د/ نوال محمد الشاكر — المرجع السابق ص ٨٥.

وقد اختلف الفقهاء أيضاً فى هذا الصدد عن المقصود بالسنة هنا هل السنة القمرية الهلالية ٣٥٤ يوم أم هى السنة الشمسية ٣٦٥ يوماً والراجح أنها السنة الهلالية أى القمرية التى تحسب بالتقويم الهجرى. انظر فى ذلك د/ نوال محمد الشاكر — المرجع السابق ص ٨٣، ٨٤.

(٣) تكلم الفقهاء فى هذا الصدد عن طرو الموانع خلال فترة التأجيل وهل هى تحسب من مدة السنة أم هل يستعاض عنها.. فيقول الإمام الكاسانى : إذا أجل سنة فشهـر رمضان وأيام الحيض تحسب عليه ولا يجعل له مكانها الآن الصحابة — رضى الله عنه — أجلوا العنين سنة واحدة مع علمهم بأن السنة لا تخلوا عن ذلك ولو مرض الزوج فى المدة مرضاً لا يستطيع معه الجماع أو مرضت هى فإن استوعب المرض السنة كلها يستأنف له سنة أخرى أما إذا كان المرض أقل من ذلك فلا يحتسب إذا كان أقل من شهر.. انظر : الكاسانى — بدائع الصنائع — مرجع سابق جـ ٢ ص ٤٧٩.

(٤) انظر: عبد الرحمن الجزيرى — الفقه على المذاهب الأربعة — مرجع سابق جـ ٤ ص ١٩١.

وإذا مضى أجل العنين — أى انتهت السنة — فسأل القاضى أن يؤجله سنة أخرى لم يفعل إلا برضا المرأة ، لأنه قد ثبت لها حق التفريق، وفى التأجيل تأخير حقها فلا يجوز من غير رضاها<sup>(١)</sup>.

وإذا تم التأجيل، فإن وصل إليها الزوج فى خلال تلك المدة سقط حقها فى المطالبة بالتفريق ، هذا إن اتفقا على ذلك ، وفى هذه الحالة هى زوجته ولا خيار لها، أما إن اختلفا، فادعى الزوج الوصول ونفته الزوجة، فإن كانت ثيبا فالقول قوله — كما سبق — مع يمينه، وإن كانت بكرا — بشهادة النساء — فالقول قولها<sup>(٢)</sup>.

وإذا ثبت أنه لم يطأها .. فإن القاضى يخيرها، فإن شاعت اختارت الفرقة، وإن شاعت اختارت البقاء مع الزوج، فإن اختارت المقام مع الزوج بطل حقها، ولم يكن لها خصومة فى هذا النكاح أبداً؛ لأنها رضيت بالعيب فسقط خيارها، وإن اختارت الفرقة فرق القاضى بينهما<sup>(٣)</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن رضاها بعد تخير القاضى لها بعد انتهاء السنة وعدم الوصول أو عدم تحقق الوطء. لا يشترط أن يكون صريحا بأن نقول إننى رضيت بالمقام معه أو قبلت كونه عنيّنا، بل يمكن أن يتم دلالة من خلال استمرارها بالإقامة معه أو مخالطته ومضاجعته بالأولى. ولا يعد الرضا هنا تم بطريق السكوت المجرد وإنما بطريق الدلالة الفعلية.

وحتى على فرض أنها لم تنطق ولم تخالطه بعد إلا أن سكوتها مع ذلك يعد سكوتا فى موضع الحاجة إلى البيان إذ كان يجب عليها بعد أن رفعت أمرها إلى القاضى أن

---

(١) الكاسانى — بدائع الصنائع — مرجع سابق جـ ٢ ص ٤٨٠.

(٢) انظر الكاسانى — بدائع الصنائع — مرجع سابق جـ ٢ ص ٤٨٠، محمد نجيب المطيعى — تكملة المجموع — مرجع سابق جـ ١٥ ص ٤٣٥ ، عبد الرحمن الجزيرى — الفقه على المذاهب الأربعة — مرجع سابق جـ ٤ ص ١٩١.

(٣) الكاسانى — بدائع الصنائع — مرجع سابق جـ ٢ ص ٤٨١.

وقد اختلف الفقهاء فى طبيعة الفرقة هنا هل طلاق أو فسخ ، انظر: الماوردى — الحاوى الكبير — مرجع سابق جـ ٩ ص ٣٧٥، حيث ذكر أنه ... مالك وأبو حنيفة على الفرقة طلاقا ولا تكون فسخا وهذا خطأ لأنها فرقة من جهتها، والطلاق لا يكون من جهة للزوج، وانظر: الكاسانى — بدائع الصنائع — مرجع سابق جـ ٢ ص ٤٨١، ويقول السرخسى : هى تطليقة بائنة عندنا وعند الشافعى يكون فسخا السرخسى — المبسوط — مرجع سابق جـ ٥ ص ١٠٢.



تختار الفرقة ، فإن لم تفعل فهي راضية ويسقط حقها في التفريق بذلك.

فالحاصل أن حقها يسقط — بعد التأجيل — بأمرين : قيامها معه ومضاجعتها له بعد تخير القاضى، وقيامها من المجلس دون اختيار، أما قبل ذلك فلا يسقط خيارها<sup>(١)</sup>.

### خلاصة:

نخلص مما سبق إلى أن سكوت زوجة العنين تختلف دلالاته باختلاف كونه قبل تخير القاضى، أو كان بعد ذلك.

فإذا كان سكوتها قبل تخير القاضى، فإنه لا أثر له على حقها في طلب التفريق ولا يعد رضا منها بالعيب، إذ يجب لسقوط حقها أن يكون الرضا — فى تلك المرحلة — صريحاً بأن تصرح بإسقاط حقها فى الخيار كأن تقول : أسقطت الخيار، أو رضيت بالنكاح ، أو اخترت الزوج.

أما بعد تخير القاضى لها بعد مضى المدة ، فإنه يمكن أن يستفاد رضاها بطريق الدلالة لا بطريق التصريح، وذلك كأن تفعل ما يدل على الرضا بالمقام معه - الزوج - بأن خيرها القاضى فأقامت مع الزوج مطاوعة له فى المضجع وغير ذلك لأن ذلك دليل الرضا بالنكاح، وذلك بخلاف ما لو حدث ذلك قبل تخير القاضى فإنه لم يكن رضا<sup>(٢)</sup> — كما أشرنا سابقاً.

ولكن هل يكون ذلك رضا بطريق السكوت المجرد؟ -

فى الواقع أن هذا ليس رضا بطريق السكوت المجرد، لأنه إن حدث منها فعل يدل على الرضا فيكون رضا بطريق الدلالة، وقد تكلمنا عنه فى موضع سابق وعلمنا أنه يختلف عن التعبير بطريق السكوت<sup>(٣)</sup>.

أما إن سكنت ولم يصدر عنها أى فعل يستفاد منه الرضا دلالة، فيكون رضا

---

(١) السرخسى — المبسوط — مرجع سابق ج ٥ ص ١٠٢.

عبد الرحمن الجزيرى — الفقه على المذاهب الأربعة — مرجع سابق ج ٤ ص ١٩١.

(٢) انظر فى هذا المعنى: الكاسانى — بدائع الصنائع — مرجع سابق ج ٢ ص ٤٨٢، الماوردى — الحاوى الكبير — مرجع سابق ج ٩ ص ٣٧٥ ، عبد الرحمن الجزيرى — الفقه على المذاهب الأربعة — مرجع سابق ج ٤ ص ١٩١، د/ عبد القادر قحطان — المرجع السابق — ص ٢٧٨ وما بعدها ، د/ نوال الشاكر — المرجع السابق — ص ١٠٥.

(٣) راجع ما سبق فى التمييز بين السكوت ، والتعبير بطريق الدلالة.

أيضاً، لأن السكوت هنا ليس سكوتاً مجرداً وإنما هو سكوت ممن يجب عليه البيان وهو الزوجة فيكون سكوتاً في موضع الحاجة إلى البيان - وهو ما نتكلم عنه بعد ذلك - ومن ثم تكون له دلالة على رضاها بالنكاح والمقام مع الزوج برغم عنقه، وإسقاطاً لحقها في طلب التفريق. وذلك يتفق مع ما قرره الفقهاء، وتكلمنا عنه وهو أن السكوت المجرد لا يعد وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة.

وبناء على ما سبق يكون معنى المسألة محل الدراسة - سكوت زوجة العنين لا يكون رضا منها بعيب العنة، ولو أقامت معه سنين - أن سكوتها لا يسقط حقها في طلب التفريق بهذا العيب في أى وقت . إلا أنها إذا رفعت الأمر إلى القضاء وحدد لها مدة السنة، فإن تخيير القاضى لها بعد مضى السنة وعدم حصول الوطاء أى ثبوت العنة - فإن سكوتها يفيد الرضا بالمقام وإسقاط حقها في طلب التفريق ، سواء أكان بطريق الدلالة، أم لكونه سكوتاً في موضع الحاجة إلى البيان، وليس اعتماداً على مجرد السكوت.

وبعد ، فقد عرضنا فيما سبق لبعض الأمثلة<sup>(١)</sup> التى تعد نماذج أو تطبيقات عملية على الأصل فى دلالة السكوت ، وما قرره الفقهاء فى هذا الصدد من أن السكوت المجرد لا دلالة له على الإرادة مطلقاً.

وإنما اخترنا بعض هذه الأمثلة - السكوت عند بيع الفضولى - وسكوت الثيب فى الزواج - وسكوت زوجة العنين - بوصفها من أهم ما يستدل به فى هذا المقام وهى ليست كل ما يمكن أن يذكر وإنما هى - كما أشرنا قبل - على سبيل التمثيل فقط، إذ يقاس على ذلك كل حالة يكون السكوت فيها مجرداً عن قرينة ، أو نص ، أو غير ذلك مما يجعل السكوت فى موضع الحاجة إلى البيان الذى سنبينه بعد ذلك.

(١) بالإضافة إلى ذلك هناك بعض الأمثلة وردت فى كتب الأنبياء والنظائر مثل: السكوت عن قطع عضو منه، أو إتلاف شئ من ماله مع القدرة على الدفع ليس رضا بذلك ولا يسقط الضمان بلا خلاف... ابن نجيم - الأنبياء والنظائر ص ١٥٤ ، السيوطي - الأنبياء والنظائر ص ١٥٨ أو ما انفرد به ابن نجيم من أن المرتين لو رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يكون إننا بإتلافه ، وأن الإعارة لا يثبت بالسكوت. انظر ابن نجيم الموضع السابق.

وانظر كذلك: الزركشى - المنثور فى القواعد - مرجع سابق ج ٢ ص ٢٠٨ ، الحموى - غمز عيون البصائر - مرجع سابق - ج ١ ص ٤٣٨ ، على حيدر - درر الحكام - مرجع سابق ج ١ ص ٥٩ ، سليم رستم باز - شرح المجلة - مرجع سابق ص ٤٧ .

## تعقيب ببيان موقف القانون الوضعي من الأصل في دلالة السكوت:

تكلّمنا فيما سبق عن الأصل في دلالة السكوت في الفقه الإسلامي، وعلمنا أن السكوت — بحسب الأصل — لا دلالة له على الإرادة، وفقا للشق الأول من القاعدة الفقهية الشهيرة: "لا ينسب إلى ساكت قول" وما ترتب عليه من عدم اعتبار السكوت — المجرد — وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة.

وبالنظر إلى القانون الوضعي في هذا الصدد، نجد أن ما قرره الفقه الإسلامي من عدم عد السكوت المجرد وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة، هو ما أخذ به القانون الوضعي، وبخاصة القانون المدني في كثير من تشريعات الدول العربية<sup>(١)</sup>. وهذا أيضا مسلك الفقه والقضاء.

فالقاعدة في فقه القانون المصري أن السكوت في ذاته مجردا عن أى ظرف ملابس له لا يكون تعبيرا عن الإرادة استنادا إلى نفس القاعدة التي قررها الفقه الإسلامي<sup>(٢)</sup>.

---

(١) قد ورد النص على القاعدة الفقهية الخاصة بذلك وهي "لا ينسب إلى ساكت قول"، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان "في بعض التقنيات العربية، مثل قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، والقانون المدني العراقي، والقانون المدني الأردني والتقنين السوداني، فقد نصت المادة (١٣٥) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه "١- لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان، ويعتبر قبولا". ٢- ويعتبر السكوت قبولا بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا تخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه" ويتفق هذا النص مع نص المادة (٨١) مدني عراقي مع إضافة... "وكذلك يكون سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها قبولا لما ورد في قائمة الثمن من شروط". كما يتفق مع المادة (٤٠) مدني سوداني مع إضافة حالة ما إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف الجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب وكذلك المادة (٩٥) مدني أردني.

وقد اقتصر بعض التقنيات على ذكر الاستثناء فقط، انظر في ذلك: د/ عبد المنعم فرج الصدة — نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي — مرجع سابق ص ١٧٦، د/ عبد المجيد الحكيم — الوسيط في نظرية العقد — مرجع سابق — ص ١٥٠، وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة — مرجع سابق ص ١٠٨.

(٢) انظر في ذلك على سبيل المثال: د/ عبد الرزاق السنهوري — النظرية العامة للالتزامات — نظرية العقد مرجع سابق — ص ١٥٧، ولسيادته كذلك — الوسيط في شرح القانون المدني الجديد — نظرية الالتزام مصادر الالتزام — مرجع سابق — ص ٢٢١، د/ عبد الهادي العطايفي صور من طرق التعبير عن الإرادة في القانون الإنجليزي والتقنين المدني السوداني — مرجع سابق ص ٨٨، د/ عبد الفتاح عبد ==

وهذا المبدأ هو ما يأخذ به القضاء المصرى أيضا ، حيث تواترت الأحكام القضائية على تطبيق مبدأ : " لا ينسب إلى ساكت قول " (١).

---

==الباقى - نظرية العقد والإرادة المنفردة - مرجع سابق - ص ١٠١، د/ محسن البيه - مشكلتان متعلقتان بالقبول ، السكوت والإذعان - مرجع سابق - ص ٥٢، د/ عبد المنعم فرج الصدة - نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى - مرجع سابق - ص ١٧٢، وما بعدها ، د/ مصطفى الجمال - القانون المدنى فى ثوبه الإسلامى - مصادر الالتزام - مرجع سابق - ص ٦٧.

(١) فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن " سكوت الحكومة عن الرد على صاحب مصنع يطلب ترخيصا لإقامة آلة ميكانيكية فى مصنعه لا يعد قبولا أو ترخيصا من جانبها، حتى لو تأخرت الحكومة فى الرد عن الميعاد القانونى".

كذلك قضت محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة فى دائرتها لتجارية بأن " سكوت المشتري أكثر من ثمانية أيام دون أن يرد على عرض يعرضه البائع ويشترط فيه شرطا فى صفقة ظلت المفاوضات دائرة فيها بين البائع والمشتري مدة أسابيع عديدة، لا يعتبر رضاء من المشتري ، بل يجب أن يكون رضاه واضحا جليا بعد هذه المفاوضات".

مشار إليهما عند د/ عبد الرزاق السنهورى - نظرية العقد - مرجع سابق ص ١٥٧-١٥٨.

وهو ما طبقته محكمة النقض المصرية فى أحد أحكامها، إذ عدت مجرد السكوت عن الرد خلال مدة محددة ليس موافقة ضمنية، وقبولا للبيع".

انظر : طعن رقم ١٦٤٩ س ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/١١/٢٧م. انظر فى ذلك: مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمس سنوات ١٩٨٠م - ١٩٨٥م - إعداد مستشار محمود البناوى - المجلد الثانى - طبعة نادى القضاة سنة ١٩٨٩م.

## المبحث الثاني

### الاستثناء على الأصل في دلالة السكوت

تكلمنا فيما سبق عن الأصل في دلالة السكوت، وعلمنا أن السكوت بحسب الأصل لا يعد وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة في مختلف مجالاتها. وهذا المبدأ عبر عنه الفقهاء بقولهم: " لا ينسب إلى ساكت قول ". ، وعلمنا أن السكوت المراد في هذا الشق من القاعدة الفقهية، هو السكوت المجرد عن نص ، أو عرف ، أو قرينة تعطى دلالة معينة — على الإرادة — لهذا السكوت.

غير أن الفقه الإسلامي لم يلتزم هذا المبدأ — عدم الاعتداد بالسكوت — التزاماً مطلقاً ، بل جنح إلى الخروج عليه معتداً بالسكوت استثناء من مجال التعبير عن الإرادة، إذا كان — السكوت — في معرض الحاجة إلى البيان: لذلك، أورد الفقهاء قولهم: " لا ينسب إلى ساكت قول " بقولهم: " ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ". فكانت القاعدة الفقهية بشقيها متضمنة المبدأ أو الأصل في دلالة السكوت، والاستثناء عليه<sup>(١)</sup>.

وفي هذا المبحث نحاول التعرف على الاستثناء في دلالة السكوت من خلال دراسة قول الفقهاء "... ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان" وذلك ببيان المعنى العام لهذا القول، والأثر الفقهي المترتب عليه، ثم بيان حالات السكوت المعبر عن الإرادة.

وفي ضوء ذلك نقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

**المطلب الأول:** المعنى العام لقول الفقهاء " ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان "

**المطلب الثاني:** الأثر الفقهي المترتب على قول الفقهاء " ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ".

**المطلب الثالث:** حالات السكوت المعبر عن الإرادة.

---

(١) ذهب بعض الباحثين المعاصرين إلى أن هذه ليست قاعدة واحدة. بل قاعدتان ضمت إحداهما على الأخرى، لأن كلا منهما متمم للآخرى وليست الثانية تأكيداً للأولى، بل هي تأسيس عليها، والتوكيد يختلف عن التأسيس فالأول يعد من باب التكرار، وفائدته الإيضاح ، والثاني إضافة إلى ما قبله وتنتميه لمعناه. ولكن عامة الفقهاء على أنها قاعدة واحدة ذات شقين، يمثل الأول منهما الأصل، في حين يمثل الثاني تقريراً للاستثناءات الواردة عليه — انظر: د/ محمد بكر إسماعيل — القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه — مرجع سابق ص ١٤٤.

## المطلب الأول

المعنى العام لقول الفقهاء : " ... ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان "

بعد أن صاغ الإمام الشافعى — رحمه الله — المبدأ العام فى دلالة السكوت على الإرادة فى عبارته الرشيدة الشهيرة : " لا ينسب إلى ساكت قول " أتبعه العلماء بقولهم : " ... ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " ليكون ذلك بمثابة الاستثناء على المبدأ المأخوذ من الفقرة الأولى، وليدل على أن هذا المبدأ لا يطبق على إطلاقه فى مجال التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى، ولتكتمل بذلك القاعدة الفقهية بشقيها الأصل والاستثناء عليه فى دلالة السكوت على الإرادة.

وقد بدأت الفقرة بكلمة " ولكن " ، ومن المعلوم عند علماء اللغة العربية أنها تفيد الاستدراك وهو: نفى ما يتوهم ثبوته ، أو إثبات ما يتوهم نفيه بسبب كلام سابق وبعبارة أخرى: رفع ما قد يظنه السامع من الكلام الذى قبلها<sup>(١)</sup>.

ولما كانت الفقرة الأولى من القاعدة تنص على أنه: " لا ينسب إلى ساكت قول " فقد صدر الفقهاء الفقرة الثانية بـ " لكن " لإزالة ما توهم ثبوته من أن السكوت لا دلالة له على الإرادة مطلقاً، وإثبات أن السكوت قد تكون له دلالة على الإرادة فى حالات معينة.

وقد فسرت مجلة الأحكام العدلية قول العلماء: " ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " بأن ذلك يعنى أن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان وقد اكتفى بعض الباحثين المعاصرين بهذا التفسير<sup>(٢)</sup>.

وهذا التفسير — من وجهة نظرى — يحتاج إلى تفسير ، وذلك من خلال بيان

---

(١) انظر فى ذلك: ابن عقيل — شرح ابن عقيل على ألفية ابن مالك ، الجهاز المركزى للكتبة الجامعية والمدرسية والموائل التعليمية — طبعة سنة ١٩٧٧ ، ص ٩٧ ، د/ عبد اللطيف خليف وآخرون — شرح الأثرية الجديد ، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية سنة ١٩٩٢ ص ١٣٥ ، ص ٢٦٢.

(٢) انظر: على حيدر — درر الحكام — شرح مجلة الأحكام — مرجع سابق ج ١ ص ٥٩ ، سليم رستم — بيان شرح المجلة — مرجع سابق ص ٤٧ ، د/ صبحى محمصانى — النظرية العامة للموجبات والتعقود فى الشريعة الإسلامية — مرجع سابق — ج ٢ ص ٥٤ ، د/ عبد الرزاق حسن فرج — دور السكوت فى التصرفات القانونية — مرجع سابق — ص ٣٤ ، د/ أحمد محمد الحصرى — القواعد اتكالية للفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ٣٠٩ ، د/ محمد بكر إسماعيل — قواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه مرجع سابق — ص ١٤٥.

مفردات هذه العبارة، ومن ثم المعنى العام المراد منها.

فالمراد بالسكوت في العبارة السكوت من القادر على التكلم، وذلك في معرض الحاجة إلى البيان.

والمراد بالحاجة عند الأصوليين ، هي ما يفقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدى في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراع دخل على المكلفين — على الجملة<sup>(١)</sup> — الحرج والمشقة، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادة المتوقع في المصالح العامة. أي ما يحتاج إليه لحفظ المصالح<sup>(٢)</sup>.

أما عند الفقهاء فهي : خوف الضرر<sup>(٣)</sup>. أو : " بلوغ الإنسان حداً يضطره إلى مخالفة القواعد العامة للشرع، ويترتب على تركها حرج ومشقة "<sup>(٤)</sup>. وهي أدنى حالاً من الضرورة.

فالحاجة أقل حدة من الضرورة، أي دونها، ذلك لأن الضرورة عند الأصوليين هي ما لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجرِ مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي الآخرة فوت النجاة والنعيم والخسران المبين<sup>(٥)</sup>.

أما عند الفقهاء فالضرورة هي: خوف الهلاك على النفس أو المال<sup>(٦)</sup>. فالحاجة إذا

---

(١) أي ليس كل المكلفين يدخل عليه الحرج بفقد هذه الحاجيات الشيخ عبد الله دراز — في شرحه لكتاب الموافقات للشاطبي — مرجع سابق — ج ٢ ص ٣٢٦.

(٢) انظر: الشاطبي — الموافقات — مرجع سابق — ج ٢ ص ٣٢٦، د/ أحمد محمد الحصري — القواعد الكلية للفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ٢٤٤، د/ رمضان علي السيد الشرنباصي — حماية المستتبذ في الفقه الإسلامي — مرجع سابق — ص ٢٠، د/ جلال الدين عبد الرحمن — المصالح المرسله ومكانتها في التشريع — دار الكتاب الجامعي الطبعة الأولى سنة ١٩٨٣ م ص ٤٠.

(٣) انظر: د/ يوسف قاسم — نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي — دار النهضة العربية سنة ١٩٨١ ص ٩٥.

(٤) انظر : د/ محمود عبد الله العكازي — شرح اقواعد التفقيية — مرجع سابق ص ٥٧.

(٥) انظر: الشاطبي — الموافقات — مرجع سابق — ج ٢ ص ٣٢٤، وفي هذا بمعنى : الغزالي المستصفي — مرجع سابق ج ١ ص ٢٨٧، د/ جلال الدين عبد الرحمن — المصالح المرسله ومكانتها في التشريع — مرجع سابق ص ٣٨. والمراد بالمصالح المرسله هنا — مقاصد الشريعة وهي: حفظ الدين والنفس، والتعلل، والنسل، والمال. راجع الغزالي المرجع السابق ذات الموضوع المشار إليه.

(٦) عرف الفقهاء الضرورة بصدد الكلام عن إباحة أكل الميتة للمضطر، وهذا التوفيق مستفاد من أقوال الفقهاء في ذلك: انظر: الشوكاني — نيل الأوطار — مرجع سابق — ج ٨ ص ١٥٢ باب الميتة للمضطر ابن حجر — فتح الباري — مرجع سابق — ج ٩ ص ٨٠٧. باب أكل المضطر، التسوقي — حاشية==

أقل من الضرورة ، لأن مدار قيام حالة الضرورة او عدم قيامها هو خوف الهلاك من عدمه، إذ هي لا تقوم إلا إذا كان المرء فى حالة من شأنها أن تؤدى به إلى الهلاك لو استمر على تلك الحالة.

أما الحاجة فهى حالة يجد الإنسان نفسه معها فى جهد ومشقة، وقد يتوقف رفع هذه المشقة على الإتيان بفعل معين. فكان الحاجة راجعة إلى تيسير التعامل بين الناس والترخيص بأحكام تخفف المشقات، وترفع الحرج، وتبنيح للناس مالا غنى لهم عنه<sup>(١)</sup>.

وأما المراد بالبيان ، فهو فى اللغة بمعنى الفصاحة واللسن ، يقال فلان أبين من فلان أى افصح منه وأوضح كلاماً، والبيان أيضاً ما يتبين به الشئ من الدلالة وغيرها وقيل البيان بمعنى الإظهار، أى إظهار المتكلم المراد للسامع<sup>(٢)</sup>، وقيل أيضاً إن البيان هو الكلام والفهم<sup>(٣)</sup>.

وفى اصطلاح الأصوليين، فقد وردت تعريفات كثيرة للبيان نقتصر منها على تعريفين لكفايتهما فى الدلالة على المطلوب.

---

== الدسوقي - مرجع سابق - ج ٢ ص ١١٥، ابن قدامة - المغنى - مرجع سابق - ج ١٠ ص ٥٣٠، ابن قدامة المقدسى - الشرح الكبير - مرجع سابق - ج ١٠ ص ٥٠١، الحجاوى - الإقناع - مرجع سابق - ج ٤ ص ٣٠٨، د/ محمد سلام منكور - نظرية الإباحة - مرجع سابق - ص ٢٨٨. (١) انظر: الشاطبى - الموافقات - مرجع سابق - ج ٤ ص ٤١١، د/ يوسف قاسم - نظرية الضرورة المرجع السابق ص ٩٥، د/ أحمد محمد الحصرى - للقواعد الكلية للغة الإسلامى - مرجع سابق ص ٢٤٤، د/ عبد العزيز عزام - قواعد الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ٢٣٤، د/ محمود عبد الله العكازى - شرح القواعد الفقهية - مرجع سابق - ص ١٤٩، د/ أحمد فراج حسين - أصول الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ٤٣٣.

(٢) الرازى - مختار الصحاح - مرجع سابق ص ٧٢، الجرجاني - التعريفات - مرجع سابق - ص ٦٧ وانظر أيضاً للمزيد من تعريفات البيان لغة - د/ بدران أبو العينين بدران - بيان النصوص التشريعية - منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٦٩ ص ٢٥.

جاء فى الحديث الشريف: "إن من البيان لسحراً، أو إن بعض البيان لسحراً" ابن هبيرة - الإقصاد عن معانى الصحاح - مرجع سابق ج ٤ ص ٢٣٨، ابن الأثير الجزيرى - جامع الأصول فى أحاديث الرسول - مرجع سابق - ج ١١ ص ٧٣٣، الطبرانى - المعجم الأوسط - مرجع سابق ج ١ ص ٥٢٥. فى الحديث الشريف: دليل على فضل البيان ، وأنه يبلغ فى استجلاب القلوب ما يشبه السحر... وقد قيل إن فى الحديث ذم التصنع فى الكلام، والتكلف لتحسينه ليروق قوله، ويستميل به قلوبهم.. راجع د/ بدران أبو العينين بدران - بيان النصوص التشريعية - مرجع سابق - ص ٢٥.

(٣) القرطبي : الجامع لأحكام القرآن - مرجع سابق - مجلد ٩ ص ١٤٠ فى تفسير قوله تعالى: "الرحمن. علم القرآن. خلق الإنسان. علمه البيان" سورة الرحمن (٤٠، ٢، ١)، وانظر أيضاً: ابن حجر فى مقدمته لفتح البارى - مرجع سابق - ص ١١٧.



التعريف الأول: البيان، هو الإيضاح ، والإظهار<sup>(١)</sup> وهو قريب من المعنى اللغوي للبيان، ومعناه، أن يوضح الأمر أو الناهى أو المخبر ، أو المجابوب عما يقصد إلى إيضاحه، ويزيل اللبس عنه. وسائر وجوه الاحتمال الذى يمنع تبينه<sup>(٢)</sup>.

التعريف الثانى: " البيان هو الدليل ، أى الموصل بصحيح النظر فيه إلى العلم بما هو دليل عليه " .

وهذا التعريف هو الذى ارتضاه كثير من الأصوليين<sup>(٣)</sup>.

يقول الأمدى فى ذلك: " أما البيان فاعلم أنه لما كان متعلقاً بالتعريف والإعلام بما ليس بمعروف ولا معلوم ، وكل ذلك مما يتوقف على الدليل والدليل مرشد إلى المطلوب، وهو العلم أو الظن الحاصل عن دليل، لم يخرج البيان عن التعريف والدليل والمطلوب الحاصل من الدليل.

ويدل على صحة تفسيره بذلك - البيان بالدليل - أن من ذكر دليلاً لغيره وأوضحه غاية الإيضاح يصح لغة وعرفاً أن يقال، ثم بيانه وهو بيان حسن، إشارة إلى الدليل المذكور.. ويعم ذلك كل ما يقال له دليل ، كان مفيداً للقطع أو الظن، وسواء أكان عقلياً أم حسياً أم شرعياً أم عرفياً، أم قولاً، أم سكوتاً ، أم فعلاً ، أم ترك فعل إلى غير ذلك<sup>(٤)</sup>.

وبناء على هذين التعريفين يكون معنى البيان هو التوضيح والإظهار، أو الدليل ويتم هذا البيان - بمعنى الإظهار أو الدليل - من خلال القول، أو الفعل أو الإشارة

---

(١) انظر الباجى - كتاب الحدود فى الأصول - مرجع سابق - ص ٤١ - وهو تعريف فخر الإسلام البزوى مشار إليه عند د/ بدران أبو العنين بدران - بيان النصوص التشريعية - مرجع سابق - ص ٢٥.

(٢) الباجى - كتاب الحدود فى الأصول - المرجع السابق ص ٤١.

(٣) هذا التعريف للقاضى أبو بكر، واختاره الغزالى ، والجوين ، والأمدى ، وأكثر الشافعية وأكثر المعتزلة كالجبائى وأبى هاشم وأبى الحسن البصرى وغيرهم. انظر فى ذلك:

الغزالى - المستصفى - مرجع سابق ج ١ ص ٣٦٥ ، المنخول من تعليقات الأصول - مرجع سابق ص ٦٣ ، الأمدى - الإحكام فى أصول الأحكام - مرجع سابق ج ٣ ص ٢٢ ، الجوينى - البرهان - فى أصول الفقه - مرجع سابق ص ١٢٤ ، أبو بكر بن العربى المعافى - المحصول فى أصول الفقه - مرجع سابق ص ٤٧.

(٤) انظر : الأمدى - الإحكام فى أصول الأحكام - مرجع سابق ج ٣ ص ٢٢ ، ص ٢٣ ، وفى ذات المعنى انظر كذلك: الغزالى - المستصفى - مرجع سابق ج ١ ص ٣٦٥ ، ٣٦٦.

كذلك بالسكوت<sup>(١)</sup>.

وبعد أن تعرفنا على معنى الحاجة ، ومعنى البيان ، يكون المعنى العام لقول الفقهاء : " ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " . هو أن السكوت من القادر على التكلم فى كل موضع تمس الحاجة فيه إلى البيان — وهى المواضع التى يخشى فيها من وقوع ضرر بأحد المقاصد العامة للشريعة الإسلامية وهى الدين ، والنفس ، والعقل والمال ، والنسل ، يرخص فى عده فى هذه الحالة دليلاً على الإرادة وإظهاراً لها ، وذلك على سبيل الاستثناء ، محافظة على تلك المقاصد ، وصيانتها ، إذ إن كل ما يتضمن حفظ هذه المقاصد فهو مصلحة وكل ما يفوت أحدها مفسدة ودفعه مصلحة<sup>(٢)</sup> ، وعلى ذلك فإذا كانت اعتبارات تحقيق المصلحة أو جلبها ، أو دفع المفسدة تقضى بعد السكوت بياناً أى دليلاً على الإرادة وإظهاراً لها ، فلا بأس بذلك . على أن يكون هناك دلالة من نص أو عرف ، أو دلالة حال " أى قرينة " تؤيد تفسير السكوت على نحو معين ، كأن يعد رضاً ، أو رفضاً ، أو إقراراً ، أو إجازة إلى غير ذلك من صور التعبير عن الإرادة<sup>(٣)</sup> . فكان الحاجة تستلزم عد السكوت بياناً أى دليلاً على الإرادة ، استثناءً على المبدأ العام فى دلالة السكوت ، ولعل فى ذلك تفسيراً لما ورد بالمجلة من أن السكوت فى موضع الحاجة بيان ، يعنى أن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان .

وعد السكوت بيان فى موضع الحاجة هو مما يعرف عند علماء الأصول من

---

(١) انظر فى هذا المعنى — الغزالى — المستصفى — مرجع سابق — ج ١ ص ٣٦٧ ، الأمدى — الإحكام فى أصول الأحكام — مرجع سابق — ج ٣ ص ٢٣ ، د/ بدران أبو العينين بدران — بيان النصوص التشريعية — مرجع سابق — ص ٣٢ وما بعدها ، د/ محمد حسنى عبد الحكيم — الإجمال والبيان واثريهما فى اختلاف الفقهاء — مرجع سابق — ص ٣٨ وما بعدها . ويلاحظ أن ذلك : إذا كان بصدد بيان النصوص الشرعية فى القرآن الكريم والسنة النبوية ، فإنه ينطبق أيضاً على بيان المكلف وإظهاره لما فى مكنون نفسه من إرادة تجاه أمرها .

(٢) انظر فى هذا المعنى : الغزالى — المستصفى — مرجع سابق — ج ١ ص ٢٨٦ ، ص ٢٨٧ ، فى هذا المعنى أيضاً د/ يوسف حامد العالم — المقاصد العامة للشريعة الإسلامية — مرجع سابق ص ١٣٤ وما بعدها .

(٣) انظر فى هذا المعنى : الشيخ أحمد الزرقا — شرح القواعد الفقهية — مرجع سابق ص ٢٧٣ ، د/ صبحى محمصانى — النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية — مرجع سابق — ج ٢ ص ٥٥ د/ ثروت فتحى اسماعيل — صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة — مرجع سابق — ص ٩٣ د/ عبد القادر محمد قحطان — السكوت المعبر عن الإرادة — مرجع سابق ص ٨٤٤ وما بعدها ، د/ على أحمد الندوى — القواعد الفقهية — مرجع سابق ص ٤٥٥ ، د/ محمود عبد الله العكازى — شرح القواعد الفقهية — مرجع سابق ص ٩٠ .

الحنفية " ببيان الضرورة " <sup>(١)</sup> أى البيان الذى يقع بسبب الضرورة، وهو الدلالة غير اللفظية ، وتسمى دلالة السكوت. وسمى بيان الضرورة من باب إضافة الحكم إلى سببه. وقد عرفه العلماء بأنه : "البيان الذى يقع بما لم يوضع له وهو السكوت" <sup>(٢)</sup> ، إذ الأصل أن البيان — وهو كما علمنا — الدليل والإظهار يتم بالألفاظ ، لأنها موضوعة

(١) يقسم الحنفية البيان إلى خمسة أنواع:

(١) بيان التقرير: ويسميه الشوكانى بيان التوكيد: وهو النهى الجلى الذى لا يتطرق إليه تأويل، أو هو تأكيد الكلام بما يقطع احتمال المجاز، واحتمال الخصوص. مثل قوله تعالى: " فسجد الملائكة كلهم أجمعون" سورة الحجر (٣٠).

(٢) بيان التفسير: وهو بيان ما فيه خفاء مشترك والمجمل ونحوهما مثل قوله تعالى: " وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة" سورة البقرة (١١٠).

(٣) بيان التغيير: وهو بيان تغيير اللفظ من المعنى الظاهر لغيره أى البيان الذى فيه تغيير موجب الكلام الأول مثل قوله تعالى " وإن ظنقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح" سورة البقرة (٢٣٧).

(٤) بيان التبديل: "النسج" وهو رفع الحكم الشرعى بدليل شرعى متأخراً ومتراخ عنه والفرق بين التبديل والتغيير أن التبديل أو النسخ هو رفع الشئ بعد وجوده بفترة زمنية فاصله بين المنسوخ والناسخ أما التغيير فليس فيه رفع لحكم الأول وإنما لا يكون بياناً متصلاً به وهذه الأنواع الأربعة هى بيان المنطوق والموافق. أما النوع الخامس وبيان الضرورة وهو البيان بغير المنطوق : أى البيان بسبب الضرورة. وتسمى دلالة السكوت .

راجع فى تفصيل ذلك: د/ بدران أبو العينين بدران — بيان النصوص التشريعية — مرجع سابق ص ٩٢ وما بعدها ، محمد عبد الرحمن المحلاوى — تسهيل الوصول إلى علم الوصول . مرجع سابق ص ١٢٠ وما بعدها، د/ وهبة الزحيلي — أصول الفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ١٩٩ وما بعدها.

(٢) انظر فى ذلك: ابن أمير الحاج — التقرير والتحجير — مرجع سابق ج ١ ص ١٠٢، الإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخارى — كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوى — دار الكتاب العربى بيروت — لبنان — طبعة جديدة — بدون تاريخ — ج ٣ ص ١٤٧، وبيان الضرورة ينقسم إلى أربعة أوجه: الأول: ما هو فى حكم المنطوق ، الثانى : ما يثبت بدلالة حال المتكلم ، أو دلالة حال السامع الذى وظيفته البيان مطلقاً أو فى تلك الحادثة بسبب سكوته عند الحاجة إلى البيان، الثالث: ما ثبت ضرورة دفع الضرر أو الضرر ، الرابع: ما ثبت ضرورة اختصار الكلام — انظر فى ذلك: ابن أمير الحاج — التقرير والتحجير — المرجع السابق ج ١ ص ١٠٢ وما بعدها، عبد العزيز بن أحمد البخارى — كشف الأسرار عن أصول البزدوى — المرجع السابق ج ٣ ص ١٤٧ وما بعدها ، محمد عبد الرحمن المحلاوى — تسهيل الوصول إلى علم الأصول — مرجع سابق — ص ١٢٧ وما بعدها ، د/ عثمان محمد عثمان — مناهج الأصوليين فى الدلالات وأثارها فى الأحكام اتفقية — مرجع سابق — ص ٦ وما بعدها د/ بدران أبو العينين بدران — بيان النصوص التشريعية — مرجع سابق — ص ١٢٦ وما بعدها ، د/ وهبة الزحيلي — أصول الفقه الإسلامى — مرجع سابق — ص ١٩٩ وما بعدها ، د/ على حسب الله — أصول التشريع الإسلامى — مرجع سابق — ص ٣٢٩، محمد الخضرى — أصول الفقه — مرجع سابق ص ١٣٨ وتجدر الإشارة إلى أن يعتبر من أنواع بيان الضرورة دخلياً معنا فى دلالة سكوت مخاطب أو المكلف هو الثلاثة الأخيرة منها وهى: يثبت بدلالة حال المتكلم ، وما ثبت لضرورة دفع الضرر أو الضرر، وما ثبت لضرورة اختصار الكلام.

له، ولكن في بعض الأحيان قد تؤخذ المعاني ويستدل عليها، من غير اللفظ، فتؤخذ من السكوت عند قيام الدليل ، لأجل الضرورة ، ويراعى أن الدلالة هنا لم تحصل من مجرد السكوت بل منه مع ما انضم إليه<sup>(١)</sup>. إذ لو كان السكوت مجرداً لاندزج حكمه تحت المبدأ العام في دلالة السكوت.

ولكن إذا كان البيان المستفاد من السكوت هنا هو مما يعرف عند علماء الأصول " ببيان الضرورة " فلماذا إذاً عبر عنه الفقهاء بقولهم : " ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ". ولم يعبروا عنه بقولهم : ولكن السكوت في معرض الضرورة بيان؟  
في الواقع أن التعبير جاء على هذا النحو — .. في معرض الحاجة ، وليس ... في معرض الضرورة — فيما يبدو لي للاعتبارات الآتية:

أولاً: نظراً للصلة الوثيقة بين الضرورة والحاجة، فبرغم الخلاف بينهما إلا أن بينهما تقارباً من جهة أن الحاجة هي المرحلة السابقة على قيام الضرورة مباشرة بمعنى أن الحاجة هي الممهدة لقيام الضرورة، ذلك أن حالة الاحتياج قد تصل بصاحبها إلى درجة الاضطراب فيما لو استمرت حتى وصلت إلى مرحلة التهديد بالهلاك والتلف فباستمرار حالة الاحتياج ، وبالمبالغة في الضرر الناشئ عنها يصبح المحتاج مضطراً إذ الاضطراب أقوى أنواع الحاجة وأبرزها، ولذلك نزلت الحاجة منزلة الضرورة في كثير من الأحوال<sup>(٢)</sup>.

---

(١) انظر: ابن أمير الحاج — التقرير والتحجير — مرجع سابق ج ١ ص ١٠٦ ، د/ بدران أبو العنين بدران — بيان النصوص التشريعية — مرجع سابق ص ٢٢٣.

(٢) انظر في ذلك: د/ محمد سلام منكور — نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء — مرجع سابق — ص ٣٨٨، د/ يوسف قاسم — نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي — مرجع سابق ص ٩٦.

من المعلوم في الفقه الإسلامي أن : " الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة " وتلك قاعدة فقهية ذات صلة بقاعدة أساسية أخرى وهي قاعدة " الضرر يزال " بل عداها السيوطي من القواعد الكلية ومعنى قاعدة : " الحاجة تنزل منزلة الضرورة " يلجأ هو : أنه إذا كانت هناك حاجة عامة لمجموع الناس، أو خاصة بشخص ما، نزلت هذه الحاجة منزلة الضرورة في جواز الترخيص بأجلها ومن فروع الحاجة العامة التي نزلت منزلة الضرورة ورخص فيها الإجارة، فقد جوزت الإجارة على خلاف القياس للحاجة إليها، ذلك لأن عقد الإجارة على المنافع وهي معدومة، وتمليك المعدوم قبل وجوده لا يجوز، فكان جوازها للحاجة، ومن ذلك أيضاً جواز السلم على خلاف القياس ، لكونه بيع المعدوم دفعاً لحاجة الناس.

==

كما أن بين - الحاجة والضرورة - تقارباً ، من جهة أن كلا منهما يقوم على معنى الرخصة<sup>(١)</sup> ، فالرخصة معنى عام يصدق على حالات الضرورة وغيرها من الأعدار الأخرى التي تتمثل في سماحة الشريعة حيث تتوخى في هذه الظروف التوسعة على الناس، ورفع الحرج والضيق عنهم<sup>(٢)</sup>. فلعل هذا التقارب في المعنى بين الحاجة والضرورة هو الذي حدا بالفقهاء إلى التعبير بالحاجة من باب أن التعبير بإحدهما شامل للآخر.

ثانياً: أن حكم الحاجة مستمر، وحكم الضرورة مؤقت بمدة قيام الضرورة إذ الضرورة تقدر بقدرها، لذلك كان التعبير بالحاجة<sup>(٣)</sup>.

---

== ومن فروع الحاجة الخاصة: الأكل من الغنيمة في دار الحرب فهو جائز للحاجة تشجيعاً للمقاتلين في الحرب لأنه يرفع من روحهم المعنوية في مواطن الجهاد. ولكن إذا وصل عمران دار الإسلام، وكان معه شيء من الغنيمة وجب رده.

انظر في ذلك: السيوطي - الأشباه والنظائر - مرجع سابق ص ٩٧، ٩٨، ابن نجيم - الأشباه والنظائر - مرجع سابق ص ٩١، د/ أحمد محمد الحصري - القواعد الكلية للفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٢٤٤، ٢٤٥، د/ عبد العزيز عزام - قواعد الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٢٣٤ وما بعدها. د/ محمود عبد الله العكازي - شرح القواعد الفقهية - مرجع سابق ص ١٥٧ وما بعدها.

(١) الرخصة في اللغة هي: عبارة عن التيسير والتسهيل، وفي اصطلاح الأصوليين هي " الحكم الثابت على خلاف الدليل لعذر" أو ما شرع من الأحكام لعذر.

وهي تقابل العزيمة وهي : لغة : القصد المؤكد، وفي اصطلاح الأصوليين: هي: الحكم الثابت على وفق الدليل، أو على خلاف الدليل لعذر: أو " ما هو شروع ابتداء من غير أن يكون متصلاً بخارجي".

انظر في ذلك: الأمدى - الإحكام - مرجع سابق ج ١ ص ١٢٢، الإنسوى - نهاية السؤل في شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي مطبوع بهامش كتاب التقرير والتحبير - مرجع سابق ج ١ ص ٥٢، السرخسي - أصول السرخسي - دار المعرفة - بيروت سنة ١٩٧٣م ج ١ ص ١١٧، الغزالي - المستصفى - مرجع سابق - ج ١ ص ٩٨، نظام الدين الأنصاري - فوائح الرحموت بشرح مسلم الثبوت مطبوع بهامش كتاب المستصفى - المرجع السابق - ج ١ ص ١١٦، محمد أبو النور زهير - أصول الفقه - مرجع سابق - ج ١ ص ٨٣ وما بعدها، د/ علي جمعة - الحكم الشرعي عند الأصوليين - مرجع سابق - ص ٧٥ وما بعدها.

(٢) انظر في ذلك: د/ محمد سلام مذکور - نظرية الإباحة - مرجع سابق ص ٣٨٨ وما بعدها. د/ يوسف قاسم - نظرية الضرورة مرجع سابق ص ٩٤.

(٣) انظر د/ عبد العزيز عزام - قواعد الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٢٣٤.

ومن المعلوم أن ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها، وتلك قاعدة فقهية متعلقة بقاعدة " الضرر يزال " ولذلك فإن المضطر لا يأكل من الميتة - بسبب الضرورة - إلا قدر سد الرمق.

انظر : ابن نجيم - الأشباه والنظائر - مرجع سابق ص ٨٦، السيوطي - الأشباه والنظائر - مرجع سابق ص ٩٣.

ثالثاً: أنه لما كانت الضرورة أشد من الحاجة فإنه لو تم التعبير بالضرورة فربما يفهم من ذلك أن عد السكوت بياناً لا يرخص به إلا عند الضرورة أى الحالة الملجئة إلى ما لا بد منه، ومن هنا كان التعبير بالحاجة، لأن التعبير بها يشمل الضرورة من باب الأولى، أى إنه إذا رخص بعد السكوت دليلاً على الإرادة عند الحاجة، فإن ذلك يكون عند الضرورة أولى.

ولذلك نرى أن تعبير الفقهاء عن الاستثناءات على دلالة السكوت بقولهم : " ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " تعبير دقيق يدل تماماً على المراد.

وكذلك الأمر فيما يخص القاعدة بشقيها، حيث نجد تلك القاعدة قد صيغت بإتقان وإحكام، فهناك تناسق بديع بين شقيها، إذ نرى الشق الأول منها، المتضمن للمبدأ العلم فى دلالة السكوت والذى يقول الفقهاء: فيه " لا ينسب إلى ساكت قول " فيه تلميح أو تنبيه إلى الاستثناءات التى يمكن أن ترد على هذا المبدأ. إذ يفهم من عجز هذا الشق وهو كلمة " قول " أنه إذا كان هناك سكوت عن القول، فإن ذلك لا يعنى عدم إمكانية وقوع البيان بغيره، ذلك لأن القول وإن كان أساس البيان، فإنه ليس كل وسائل البيان، فقد يقع البيان بغيره؛ لذلك ختم الفقهاء الشق الثانى بكلمة " بيان " وهو أعم من القول. وهذا يعنى أنه مع التزام السكوت فقد يقع البيان. فمن التزم الصمت لا يمكن أن ينسب إليه قول، ومع ذلك يمكن عد سكوته بياناً عند الحاجة بمقتضى الدليل. فالتعبير فى الشق الأول بكلمة " قول " يسمح بإمكانية ورود الاستثناءات . أما لو تصورنا أنهم عبروا بقولهم " لا ينسب إلى ساكت بيان "<sup>(١)</sup> لكان هذا التعبير مانعاً من ورود أى استثناء عليه كما أننا لو تصورنا أنهم عبروا عن الاستثناء بقولهم : " ولكن السكوت فى موضع الحاجة قول " لكان ذلك تناقضاً واضحاً، ولكن جاء التعبير عن المبدأ فى دلالة السكوت والاستثناء عليه بقولهم: " لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان "، وهو تعبير غاية فى الدقة والإحكام.

---

(١) كان قد بدا لى فى مرحلة جمع المادة العلمية لهذا البحث أن هذه القاعدة تنقصها الدقة فى الصياغة، ولكن تأكد لى بعد البحث والدراسة لتلك القاعدة بشقيها، أنها صيغت بمنتهى الدقة والإحكام ، حيث كان يبدو لى أنه لو جاء التعبير فى الشق الأول بقولهم " لا ينسب إلى ساكت بيان " لكان أحسن، لكن زال هذا الوهم الخاطى بدراسة القاعدة وتأكد لى أن تعبير الفقهاء عن دلالة السكوت المبدأ الاستثنائى بهذه القاعدة على هذا النحو كان غاية فى الدقة والإحكام.

## المطلب الثانى

الأثر الفقهي المترتب على قول الفقهاء : " ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان "

الفرع الأول: مضمون هذا الأثر ودليله ومعياره.

الفرع الثانى: مدى دلالة السكوت على الرضا المكون للعقد.

## الفرع الأول

مضمون الأثر ودليله ومعياره

يترتب على قول الفقهاء: "... ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان" أثر فقهي مهم هو عد السكوت بياناً، أى دليلاً على الإرادة وإظهاراً لها. أى إن السكوت يعد وسيلة استثنائية من وسائل التعبير عن الإرادة، استثناء من الأصل فى ذلك، وهو عدم عد السكوت وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة، والمستفاد من الشق الأول من القاعدة " لا ينسب إلى ساكت قول " ، الذى تكلمنا عنه سابقاً.

فهذا الشق من القاعدة يبين أن الفقه الإسلامى لم يلتزم مبدأ عدم الاعتداد بالسكوت فى مجال التعبير عن الإرادة التزاماً مطلقاً، خرج عليه. ورخص فى عد السكوت وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة، إلا أنها وسيلة استثنائية فى موضع الحاجة، أى إذا كانت هناك حاجة تدعو إلى استنتاج الإرادة من السكوت، وكما كانت دلالة السكوت فى موضع الحاجة دلالة استثنائية على سبيل الرخصة، فإنه لابد لها من دليل من نص أو عرف أو دلالة حال " أى قرينة " على نحو ما سنبين لاحقاً.

ولا خلاف بين الفقهاء على ذلك، أى على ورود الاستثناءات على الأصل فى دلالة السكوت من حيث المبدأ، وإنما الخلاف فى نطاق هذه الاستثناءات أى فى مدى التوسع فيها، حيث يتسع نطاقها لدى المذاهب التى اعتدت بالتعاطى فى التعبير عن الإرادة، ويضيق لدى المذاهب الأخرى التى لم تعترف للتعاطى بدلالة على الإرادة<sup>(١)</sup>.

---

(١) راجع ما سبق — المعاطاة — فى التمييز بين التعبير بالسكوت والتعبير بالمعاطاة، انظر: د/ وحيد الدين سوار — التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى — مرجع سابق — ص ٢٦٥، د/ ثروت فتحى اسماعيل — صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة — مرجع سابق ص ٩٣، د/ محسن البيه — مشكلتان متعلقتان بالقبول — السكوت والإذعان — مرجع سابق ص ٨١، د/ على محى الدين القره داغى — مبدأ الرضا فى انعقود — مرجع سابق ص ١١٦٥.

إذا هناك استثناءات على المبدأ أو الأصل في دلالة السكوت، مؤداها، عد السكوت دليلاً على الإرادة إذا كانت هناك حاجة إلى ذلك. أى إن هناك سكوتاً معبراً عن الإرادة. — وتستند هذه الاستثناءات— فى تقريرها من حيث الجملة<sup>(١)</sup> — إلى النصوص الشرعية فى القرآن الكريم والسنة النبوية الدالة على التيسير ، ورفع الحرج والمشقة عن المكلفين، وما بناء الفقهاء على هذه النصوص من قواعد فقهيّة<sup>(٢)</sup>.

فمن القرآن الكريم قوله تعالى: " يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر"<sup>(٣)</sup>.  
وقوله تعالى: " يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفاً"<sup>(٤)</sup>. وقوله تعالى: "وما جعل عليكم فى الدين من حرج"<sup>(٥)</sup>.

ومن السنة أحاديث كثيرة تدعو إلى التيسير منها، ما روى عن أبى موسى أنه قال: كان رسول الله — صلى الله عليه وسلم — إذا بعث أحداً من أصحابه فى بعض أمره قال: " بشروا ولا تنفروا . ويسروا ولا تعسروا "<sup>(٦)</sup>.

فهذه النصوص تدل على التيسير ، ورفع الحرج والمشقة عن المكلفين . وهذا من الأسس العامة للتشريع الإسلامى. ومظاهر ذلك كثيرة فى العبادات والمعاملات والعقوبات.

وعلى ذلك إذا كانت هناك حاجة تدعو إلى استنتاج دلالة معينة فى السكوت بحيث لو لم تعتبر هذه الدلالة يوقع ضرر بنفسه مالى . أو ترتب على ذلك ضياع حق. فإنه يرخص هنا فى مخالفة المبدأ فى ضرورة التعبير عن الإرادة بالقول، أو

(١) لقصد : الدليل على تقرير هذه الاستثناءات جملة، أى فى مجموعها. أى دليلها من حيث المبدأ . لأن هناك أدلة على حالات السكوت المعبر عن الإرادة كل جملة منها على حدة. وسنبينها لاحقاً عند الكلام عن حالات السكوت ذو الدلالة على الإرادة.

(٢) يمكن الاستناد إلى القواعد الفقهية التى سنذكرها لاحقاً بآثره — إلا أننا فضلنا الاستناد إلى الأدلة عينياً من القرآن الكريم والسنة النبوية.

(٣) سورة البقرة آية ١٨٥.

(٤) سورة النساء آية ٢٨.

(٥) سورة الحج آية ٧٨.

(٦) فنظر: سلم — صحيح مسلم — مرجع سابق جـ ٣ ص ١٢٥٨ . باب فى الأمر بالتيسير وترك التفتير وفى الباب أحاديث أخرى — تدل على التيسير ، كما جاء أيضاً فى البخارى فى كتاب الأدب — باب قول النبى — صلى الله عليه وسلم — "يسروا ولا تعسروا" . انظر ابن حجر — فتح البارى — مرجع سابق — جـ ١٠ ص ٦٣٢.



نفعل وعد هذا السكوت دليلاً على الإرادة، وفقاً لهذه الحاجة، ورفعاً للخرج والمشقة<sup>(١)</sup>. وصيانة للحقوق، على أن يكون ذلك عند الحاجة فقط بشرط أن يكون هناك دليل من نص، أو قرينة، وسيتضح ذلك من خلال دراسة بعض حالات السكوت المعبر عن الإرادة. فإذا لم تكن هناك حاجة، فلا يرخص في عد السكوت دليلاً على الإرادة، بل يبقى الحكم على الأصل في ذلك وهو عدم عد السكوت دليلاً على الإرادة. وقد بنى الفقهاء على النصوص السابقة بعض القواعد الفقهية التي تعد دليلاً على هذه الاستثناءات.

من هذه القواعد: "المشقة تجلب التيسير"، وقد قال العلماء: إن هذه القاعدة يخرج عليها جميع رخص الشرع وتخفيفاته، وهي تستند إلى نفس النصوص الشرعية — من القرآن الكريم والسنة النبوية — التي تدل على التيسير ورفع الحرج والمشقة والتي ذكرناها سابقاً<sup>(٢)</sup>.

ومنها أيضاً قاعدة — "الضرر يزال"<sup>(٣)</sup> وما يتفرع عنها ويندرج تحتها من قواعد مثل: "الضرورات تبيح المحظورات" و "ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها" و "الضرر لا يزال بالضرر"، و "الحاجة تنزل منزلة الضرورة"<sup>(٤)</sup>.

(١) المراد بالمشقة هنا هي التي تخرج عن المعتاد أي الزائدة التي تضيق بها الصدور وتؤثر على المرء في جسمه أو ماله، فتلك تفضل الله تعالى برفعها عن العباد تيسيراً وتسهيلاً عليهم، أما المشقة المعتادة التي يمكن تحملها فمثل هذه لا يقصد الشارع رفعها، حيث لا يخلو عنها عمل في الحياة.

انظر في ذلك على سبيل المثال: السيوطي — الأشباه والنظائر — مرجع سابق ص ٨٩، ابن نجيم — الأشباه والنظائر — مرجع سابق ص ٨٢، عبد الوهاب خلاف — علم أصول الفقه و خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي — دار القلم سنة ١٩٥٦م ص ٣٢، د/ رمضان علي السيد الشرنباوي — المخيل لدراسة الفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ٢٠، د/ أحمد محمد الحصري — القواعد الكلية للفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ٢٢٧، ٢٢٨، د/ علي الندوي — القواعد الفقهية — مرجع سابق ص ٣٠٧، د/ عبد العزيز عزام — قواعد الفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ١٣٣، د/ فاضل عبد الواحد عبد الرحمن — أصول الفقه — دار الميسرة للنشر والتوزيع — عمان — الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦ ص ٥٣.

(٢) انظر في ذلك: ابن نجيم — الأشباه والنظائر — مرجع سابق ص ٧٥، السيوطي — الأشباه والنظائر — مرجع سابق ص ٨٤.

(٣) وأصل هذه القاعدة قوله — صلى الله عليه وسلم — "لا ضرر ولا ضرار" أخرجه مالك في الموطأ — وينبنى عليها كثير من أبواب الفقه.

انظر: ابن نجيم الأشباه والنظائر — مرجع سابق ص ٨٥، السيوطي — الأشباه والنظائر — مرجع سابق ص ٩٢.

(٤) هذه القاعدة عندها السيوطي قاعدة كلية ليست مندرجة تحت القاعدة الكلية الكبرى "الضرر يزال" انظر انسيوطي — المرجع السابق ص ٩٧.

وهذه القواعد تقيد<sup>(١)</sup> ما أفادته النصوص الشرعية من جواز التيسير في استخلاص دلالة على الإرادة من السكوت، وذلك عندما تكون هناك حاجة إلى ذلك نحو خوف ضياع حق، أو لحوق ضرر به، كما في حالة سكوت الشفيع عن المطالبة بحقه في الشفعة مع علمه بذلك، مع توافر إمكانية المطالبة بذلك حيث يفسر سكوته على أنه رضا منه بالبيع، وإسقاط لحقه في الشفعة وذلك رفعاً للضرر عن المشتري، وهكذا سائر الحالات التي يعد فيها السكوت دليلاً على الإرادة، والتي سنبين نماذج منها لاحقاً.

وواضح مما تقدم أن الحكمة<sup>(٢)</sup> التي من أجلها تقررت هذه الاستثناءات تتمثل في رفع الحرج والمشقة والضرر، وما يترتب على ذلك من حماية الحقوق، وصيانتها وهي ذاتها الحكمة من عدم عد السكوت المجرد وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة.

كما يتضح مما تقدم أيضاً، أن ضابط السكوت المعبر عن الإرادة أو معياره هو الحاجة، وهو ضابط صرح به الفقهاء<sup>(٣)</sup> في قولهم: "ولكن السكوت في معرض الحاجة

---

(١) راجع في شرح هذه القواعد - ابن نجيم - الأشباه والنظائر - مرجع سابق ص ٧٥ وما بعدها، السيوطي - الأشباه والنظائر - مرجع سابق ص ٨٤ وما بعدها. د/ الحصري - القواعد الكلية للفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ٢٢٢ وما بعدها، د/ رمضان الشرنباصي - المدخل - مرجع سابق - ص ٣٠٦ وما بعدها، د/ محمود العكازي - شرح القواعد الفقهية - مرجع سابق ص ١٤٤ وما بعدها.

(٢) الحكمة هي الأمر، المقصود للشارع من تشريع الحكم عند العلة من جلب مصلحة أو دفع مفسدة، فمثلاً السفر إذا شرع عنده قصر الصلاة. والقتل العمد العدوان إذا شرع عنه وجوب القصاص يسمى كل منهما علة - لأن قصر الصلاة عند السفر يترتب عليه دفع مفسدة هي المشقة فيكون السفر علة ويكون دفع المفسدة حكمة، والقتل العمد العدوان إذا شرع عنه وجوب القصاص يترتب عليه حفظ النفوس فيكون القتل علة، ويكون حفظ النفوس حكماً. فلنفرق بين العلة والحكمة إذاً، أن العلة منضبطة ومحددة وواضحة، ولهذا ربط الحكم بها وجوداً وعدمًا، أما الحكمة فقد تكون أمراً خفياً غير ظاهر أي لا يدرك بحاسة من الحواس الظاهرة فلا يمكن التحقق من وجودها أو عدم وجودها، كما قد تكون أمراً تقديرياً أي غير منضبط فلا يمكن ربط الأحكام بها، لاختلاف أحوال الناس.

راجع في ذلك: د/ رمضان على السيد الشرنباصي - أصول الفقه الإسلامي - مرجع سابق - هامش ص ٧٠، د/ جابر عبد الهادي سالم - مجلس العقد - مرجع سابق هامش ص ٢١٤.

(٣) وليس كما ذهب بعض الباحثين المعاصرين إلى أنه من الصعوبة بمكان تحديد المعيار المميز للسكوت المعبر عن الإرادة، ومرد ذلك - من وجهة نظره - عدم وجود دراسات متخصصة في هذا المضمار وإزاء ذلك ذهب إلى أن الفقه الإسلامي تبني في مسائل السكوت بعض المعايير، أحدهما خاص بالسكوت الموصوف، والآخر خاص بالسكوت الملائم، وهكذا. ونرى أنه لا داعي لكل ذلك إذ نص الفقهاء على معيار وحيد يجمع كل ذلك وهو "الحاجة". فهي تجمع كل حالات السكوت المعبر عن الإرادة وإن ما ذهب إلى جعلها معايير فهي في الحقيقة أدلة للترخيص باعتبار السكوت دليلاً على الإرادة. ففي ذلك خلط بين الضابط، أو المعيار، والدليل بالترخيص - راجع: د/ عبد القادر قحطان - المرجع السابق ص ٨٤١ وما بعدها.

بيان"، فلأن الأصل فى السكوت أنه لا دلالة له على الإرادة؛ لذا لا يرحس .  
دلالة منه إلا عند الحاجة ولما كان ذلك على سبيل الرخصة استثناء فلا بد لذلك من دليل  
كما سنرى بعد ذلك.

فكان الحاجة هى الداعية إلى مخالفة المبدأ العام فى دلالة السكوت، ولا يجوز  
الخروج عن هذا المبدأ إلا إذا وجبت<sup>(١)</sup>.

وبناء على ما تقدم يمكن عد السكوت دليلاً على الرضا بأمر، أو رفضه - أو  
إذن، أو إجازة ، أو إقرار ، أو إسقاط إلى غير ذلك من صور الإرادة.

ولكن هل يمكن عد السكوت دليلاً على الرضا المنشئ للعقد؟

وبعبارة أخرى هل تسرى هذه الاستثناءات فى مجال التعبير عن الرضا المكون  
للعقد؟

هذا ما سنحاول الإجابة عنه فى الموضوع الثانى من البحث.

---

(١) ذلك لأن من خصائص الرخصة أنه يقتصر فيها على موضع الحاجة.

انظر: د/ أحمد فراج - أصول الفقه الإسلامى - مرجع سابق ص ٣٦٦، وانظر: فى أثر الحاجة فى  
اترخيص د/ محمد سلام منكور - نظرية الإباحة - مرجع سابق ص ٢٨٨ وما بعدها.

## الفرع الثاني

### مدى عد السكوت دليلاً على الرضا المكون للعقد

من المعلوم أن العقد يعتمد في إنشائه وتكوينه على التراضي، فالرضا أهم أركان العقد، بل إن فقهاء الحنفية يجعلونه الركن الوحيد للعقد، حيث يذهبون إلى أن للعقد ركناً واحداً هو الصيغة — أي الإيجاب والقبول<sup>(١)</sup> الدالان على الرضا.

(١) مرادنا بالعقد هنا هو العقد بمعناه الخاص، ذلك أن للعقد عند فقهاء الشريعة الإسلامية معنيين: أحدهما عام، والآخر خاص. أما العام فيشمل ما كان الالتزام فيه بتوافق إرادتين يعبر عنهما بالإيجاب والقبول كالبيع والإيجار كما يشمل ما كان الالتزام فيه صادراً عن الإرادة المنفردة كالإبراء واليمين والنذر. وأما المعنى الخاص، فهو ما كان الالتزام فيه بتوافق إرادتين يعبر عنهما بالإيجاب والقبول، ومن ثم لا يشمل ما كان التزام فيه ناشئاً عن إرادة واحدة، وهذا هو المعنى الشائع والمشهور للعقد، بحيث إذا أطلق لفظ العقد يتبادر إلى الذهن هذا المعنى ولا يتبادر المعنى الآخر "العام" إلا بتنبية يدل عليه. وقد عرف العقد بهذا المعنى الشائع "الخاص" بأنه "ارتباط الإيجاب للصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه" محمد قنري باشا — مرشد الحيران — م (٢٦٢) ص ٦٦.

ولا خلاف في الفقه الإسلامي على أن العقد لا يوجد في الخارج إلا إذا وجد عاقد، وصيغة ومحل يرد عليه الإيجاب والقبول ويظهر أثر العقد فيه، ولكن الخلاف في جعل هذه الأمور الثلاثة أركاناً للعقد.

فيري الحنفية أن أركان العقد هي الصيغة فقط، أي الإيجاب والقبول. وأما ما عداها من المحل والعاقدين فهي لوازم.

أما غير الحنفية فيرون أن أركان العقد ثلاثة: الصيغة، والمحل، والعاقدان ومرد هذا الاختلاف هو اختلافهم في تعريف الركن عند الفريقين حيث يرى الحنفية أن الركن هو جانب الشيء القوي الذي يتوقف عليه وجوده بكونه جزءاً ماهيته ككثيرة الإحرام بالنسبة للصلاة. والصيغة بالنسبة للعقد، بينما يرى غير الحنفية أن الركن ما كان جزءاً للماهية، أو توقف عليه تصور الماهية في الذهن، أي سواء أكان جزءاً من ماهية الشيء أم مختصاً به، وإن لم يكن جزءاً منه وهذا الاختلاف نظمي قليل الفائدة، لإننا لو أخذنا برأي الحنفية الذين يحصرون أركان العقد في الصيغة لأدى ذلك إلى نفس ما يراه الجمهور. لأن الصيغة تستلزم العاقدين ضرورة وجودهما مرتبط بهما لا يكون إلا إذا وجد محل يظهر فيه أثر هذا الارتباط. انظر في ذلك: الكاساني — بدائع الصنائع — مرجع سابق ج ٢ ص ٢٥٦، كتاب الإجارة — ج ٢ ص ١٩٩ — كتاب البيوع، الدسوقي — حاشية الدسوقي — مرجع سابق ج ٣ ص ٢، الردير — الشرح الصغير — مرجع سابق ج ٣ ص ١، د/ محمد مصطفى شلبي — نظام المعاملات في الفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ٢١٣، على الخفيف — أحكام المعاملات الشرعية — مرجع سابق ص ١٧٢، د/ محمد يوسف موسى — الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ٢٥١، ص ٢٥٤، د/ محمد سلام مذكور — الوجيز للمدخل للفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ١٦٠، د/ حسن الشاذلي — نظرية الشرط في الفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ٣٧ وما بعدها. د/ أحمد فراج حسين — الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية — مرجع سابق ص ١٤٠ وما بعدها. د/ رمضان على السيد الشرنباصي — المدخل لدراسة الفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ٣٤٢، ص ٣٥١، د/ جابر عبد الهادي سالم — مجلس العقد — مرجع سابق ص ١٢.

هذا التراضي الذي هو أساس العقد أمر باطن خفي ، لذا لابد من التعبير عنه وإظهاره إلى العالم الخارجى ، والأسلوب الذى يلجأ إليه المتعاقدان لإظهاره هو الصيغة أى الإيجاب والقبول، ويتم ذلك بإحدى الوسائل المعتد بها شرعاً، والتى يأتى فى مقدمتها اللفظ ثم ما ينبو عنه فى ذلك على نحو ما بينا سابقاً<sup>(١)</sup>.

ولكن هل يصلح السكوت وسيلة للتعبير عن الرضا بالعقد؟ أى للتعبير عن الإيجاب والقبول؟

الإجابة عن هذا التساؤل تقتضى التفرقة بين الإيجاب والقبول فى هذا الصدد.

### أولاً: السكوت ومدى صلاحيته للتعبير عن الإيجاب:

يجدر التنبيه أولاً إلى أن الإيجاب عند الحنفية هو ما صدر أولاً أى الدال على الرضا الواقع أولاً من كلام أحد المتعاقدين، سواء أوقع من المملك أم من المملك. أما عند الجمهور فالإيجاب هو ما صدر ممن يكون منه التملك أى من المملك وإن جاء متأخراً والقبول عند الحنفية ما صدر ثانياً من كلام أحد المتعاقدين دالاً على موافقته ورضاه بما أوجبه الأول. وعند الجمهور فهو ما صدر ممن له الملك، سواء أتقدم أم تأخر<sup>(٢)</sup>.

---

(١) راجع ما سبق فى التمييز بين السكوت وبين ما يشته به.

(٢) راجع فى ذلك: ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار - مرجع سابق ج٤؛ ص ٥٠٦، ابن الهمام - فتح القدير - مرجع سابق ج٥؛ ص ٧٤، داماد أفندى - مجمع الأنهر - مرجع سابق ج٢ - ص ٤، النسوقى - حاشية النسوقى - مرجع سابق ج٣ ص ٣، اتعنوى - حاشية على كفاية الطالب الربانى - مرجع سابق ج٢ ص ١١١، ابن حجر الهيتمى - فتح الجواد - مرجع سابق ج٢ ص ٣٧٣، الرملى - نهاية المحتاج - مرجع سابق ج٣ ص ٣٧٥، التبهوتى - لروض المربع - مرجع سابق ج٢ ص ١٨٤، د/ وهبة الزحيلي - اتفق الإسلامى وأدلته - مرجع سابق ج٤؛ ص ٩٣، د/ عبد المنعم فرج الصدة - نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى - مرجع سابق ص ٢١٠، د/ عبد الحميد البعلى - ضوابط العقود - مرجع سابق ص ٨٧ وما بعدها. د/ عبد الحليم القونى - حسن النية وأثره فى التصرفات - مرجع سابق ص ٣٣٤، د/ جابر عبد الهادى سالم - مجلس العقد - مرجع سابق ص ٢٢٨، ص ٤٢٦.

وما ذهب إليه الحنفية هو ما أخذت به مجلة الأحكام العنلية إذ عرفت الإيجاب: بأنه " أول كلام يصدر من أحد العاقنين لأجل إنشاء التصرف ولا فرق بين أن يقع الكلام من البائع أو يقع من المشتري "، على حيدر-درر الحكام - مرجع سابق م(١٠١) ص ٩٠، وهو ما أخذ به القانون الوضعى وأخذ به القضاء إذ عرفته محكمة النقض المصرية بأنه هو " العرض الذى يعبر به الشخص على وجه جازم عن إرادته فى إبرام عقد معين بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد". طعن رقم (٨٦٣) من ٥٢٢ جلسة ١٩٨٥/١٢/٤م، انظر مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمس سنوات (١٩٨٠-١٩٨٥) إعداد المستشار محمود نبيل البناوى - المجلد الثانى - طبعة نادى القضاة سنة ١٩٨٩ ص ٨٦٠.

والراجع من ذلك ما ذهب إليه الحنفية بأن الإيجاب ما صدر أولاً من أى متعاقد. ولا وجه لهذا التخصيص الذى يقول به غير الحنفية. فكل من صدر منه اللفظ أولاً يكون موجباً، ويكون الآخر قابلاً؛ لأن كلمة " قبول " تشعر بأن شيئاً تقدمها، ويكون القبول واقفاً عليه ، وإلا ، فكيف يكون قبولاً ولم يتقدمه شئ<sup>(١)</sup> هذا من ناحية.

ومن ناحية ثانية، فإنه بالتأمل فى العقود نجد أن كلاً من المتعاقدين يصدق عليه وصف " مملك " ، " وممتلك " فى الوقت ذاته ، وفى عقد البيع مثلاً، البائع تملك المبيع ويتملك الثمن، والمشتري يملك الثمن ويتملك المبيع وهكذا سائر عقود المعاوضات.

وبذلك لا يستقيم معيار الجمهور فى التمييز بين الإيجاب والقبول، لكونه غير مطرد فى جميع العقود.

ولذلك سنسير فى هذه الدراسة على رأى الحنفية فى تعريفهم للإيجاب والقبول لأنه أيسر عملاً؛ وأق معياراً.

أما عن مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإيجاب، فإنه لا خلاف على أنه لا يمكن التعبير عن الإيجاب بالسكوت مطلقاً ، سواء أكان السكوت مجرداً، أم كان سكوتاً من السكوت الذى له دلالة على الإرادة، وسواء كان ذلك بالنسبة للعقد بمعناه الخاص أم بالنسبة للتصرفات التى تنشأ بالإرادة المنفردة.

ويرجع السبب فى عدم عد السكوت دليلاً على الإيجاب إلى أن الإيجاب فى حقيقته عرض موجه من شخص إلى آخر ولا يتصور أن يستخلص هذا العرض من مجرد السكوت، هذا فضلاً عن أن التعبير عن الإيجاب يجب أن يتضمن المسائل الجوهرية فى العقد المراد إبرامه<sup>(٢)</sup>، كقول البائع فى عقد البيع مثلاً: بعتك هذا الكتاب بكذا، أو بعتك سيارتى — ويصفها له — بكذا.

---

(١) انظر: د/ رمضان على السيد الشرنباصى — السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية — مرجع سابق ص ١٦٥، د/ عبد القادر محمد قحطان — السكوت المعبر عن الإرادة — مرجع سابق ص ١٣٨، ص ٣٥١، د/ جابر عبد الهادى سالم — مجلس العقد — مرجع سابق ص ٢٢٩.

(٢) راجع فى ذلك: د/ إسماعيل غانم فى النظرية العامة للالتزام — مرجع سابق ج ١ ص ٨٢، د/ عبد المنعم البدرأوى — النظرية العامة للالتزامات — مرجع سابق ج ١ ص ١٧٥، د/ عبد الرازق حسن فرج — دور السكوت فى التصرفات القانونية — مرجع سابق ص ٣٦، د/ رمضان على السيد الشرنباصى — السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية — مرجع سابق ص ١٦٨، د/ عبد الفتاح عبد الباقي — نظرية العقد والإرادة المنفردة — مرجع سابق ص ١٠٠، د/ على محى الدين القره داغى — مبدأ الرضا فى ==

فهذا التحديد<sup>(١)</sup> لا يمكن أن يعبر عنه بالسكوت.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى عدم الخلط بين التعبير عن الإيجاب بطريقة الدلالة الفعلية والسكوت، فإنه إذا كان يجوز للتعبير عن الإيجاب من خلال فعل معين<sup>(٢)</sup> كما سبق أن ذكرنا، فإنه لا يجوز مطلقاً أن يتم التعبير عنه بالسكوت.

كما يجب ملاحظة أن تطبيق مبدأ عدم الاعتداد بالسكوت وسيلة للتعبير عن الإيجاب يتم باطراد، بمعنى أنه لا ترد عليه استثناءات، فالاستثناءات التي ترد على مبدأ عدم الاعتداد بالسكوت لا تتعلق بالإيجاب.

ولذلك، فإننا لا نجد في كتب الفقه الإسلامي — بخاصة كتب الأشباه والنظائر فيما يتعلق بشرح هذه القاعدة بشقيها — الأصل والاستثناء عليه — مسألة واحدة أو فرعاً فقهيّاً يتعلق بدلالة السكوت على الإيجاب.

غير أن أحد أساتذتنا الأجلاء<sup>(٣)</sup> قد ذهب إلى تصور حدوث ذلك — أى أن يكون السكوت دليلاً على الإيجاب — وذلك بناء على رأى جمهور الفقهاء فى تعريفهم للإيجاب والقبول<sup>(٤)</sup>.

---

==العقود — مرجع سابق ص ١١٧٠، د/ عبد القادر محمد قحطان — السكوت المعبر عن الإرادة وأثره فى التصرفات — مرجع سابق ص ٢٨٢، د/ عبد المنعم فرج الصدة — نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى — مرجع سابق ص ١٧٢، د/ مصطفى الجمال — القانون- المبنى فى توبه الإسلامى — مصادر الالتزام — مرجع سابق — ص ٦٧.

(١) هذا التحديد للمسائل الجوهرية للعقد عن طريق الإيجاب تكمن أهميته فى أنه يعتبر الإرادة الأولى فى التعاقد وأنه متى اقترن به القبول بشروطه — من تطابق مع الإيجاب واتصال به — انعقد العقد ومن ثم كان ضرورياً أن يكون الإيجاب واضحاً متضمناً جميع المسائل الجوهرية للعقد.

راجع فى شروط الإيجاب والقبول د/ محمد مصطفى شلبى — نظام المعاملات فى الفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ٢٣٣، على الخفيف — أحكام المعاملات الشرعية — مرجع سابق ص ١٧٣، د/ محمد يوسف موسى — الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ٢٥٧، د/ أحمد فراج حسين — الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية — مرجع سابق ص ١٦٠، د/ رمضان على السيد الشرنباصى — المدخل لدراسة الفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ٣٦٧.

(٢) راجع ما سبق فى التمييز بين السكوت والتعبير بطريق الدلالة.

(٣) أساتذتنا الدكتور/ رمضان على السيد الشرنباصى — السكوت ودلالته على الأحكام — مرجع سابق ص ١٦٨، وراجع فى هذا د/ عبد القادر محمد قحطان — السكوت المعبر عن الإرادة — مرجع سابق ص ٣٥٢.

(٤) سبق أن بينا ذلك وعلمنا أن الإيجاب عند الجمهور هو ما صدر من المملك وإن كان متأخراً، والقبول ما صدر من المملك وإن جاء متقدماً، وذكرنا أن الراجح هو مذهب الحنفية، وهو ما نسير عليه فى هذا البحث. راجع ما سبق.

فيعد أن ذكر سيادته أن الإيجاب لا يصلح أن يعبر عنه بالسكوت ، لأن الإيجاب عرض، وهو شئ مادي لا بد أن يظهر بعمل مادي من لفظ أو كتابة، أو فعل — وهو رأى عامة الفقهاء — ذكر أن هذا التحديد إنما يجرى على مذهب الحنفية الذين حددوا الإيجاب بما يصدر أولاً من أحد العاقلين .. سواء كان بائعاً أم مشترياً... والقبول ما يصدر ثانياً متضمناً الموافقة بما صدر أولاً... فبناء على هذا الاصطلاح لا يتصور أن يكون الإيجاب بالسكوت... أما اصطلاح غير الحنفية فإن هذا التحديد لا يتفق معه لأنهم عرفوا الإيجاب بما يصدر من المملك وإن تأخر،... وعلى هذا فإنه يتصور أن يكون الإيجاب بطريق السكوت ويمكن أن يصور هذا بما لو قال الوديع لصاحب المال: أودعني سيارتك مثلاً، فسكت هذا الأخير فالمتصور أن يتم الإيداع بذلك<sup>(١)</sup>. أى إن الإيجاب الصادر من المملك هنا تم بطريق السكوت.

والواقع أن هذا التصور يمكن أن نلاحظ عليه ما يلي:

١- إن المثال المذكور — والمستدل به على إمكان وقوع الإيجاب بالسكوت — مستفاد من مجلة الأحكام العدلية، ومعلوم أنها تمثل الفقه الحنفى، الذى يعد الإيجاب ما صدر أولاً.. وبناء على ذلك يكون السكوت فى هذا المثال تعبيراً عن القبول لا عن الإيجاب<sup>(٢)</sup>.

يؤيد ذلك ما جاء فى درر الحكام شرح مجلة الأحكام : " إذا ترك شخص مالاً عند آخر قتلأ إن هذا المال وديعة وسكت المستودع تتعدد الوديعة"<sup>(٣)</sup>.  
ومثل ذلك أيضاً ما جاء فى حاشية الحموى : " إن المودع يصير مودعاً بسكوته عقيب وضع رجل متاعه عنده وهو ينظر"<sup>(٤)</sup>.

وواضح من ذلك أن السكوت هنا إنما هو تعبير عن القبول لا عن الإيجاب<sup>(٥)</sup> وقد وقع الإيجاب بالدلالة الفعلية.

(١) د/رمضان على السيد الشرنباوى-السكوت ودلائله على الأحكام الشرعية-المرجع السابق - ص ١٦٩.

(٢) انظر: د/ عبد القادر محمد قحطان — السكوت المعبر عن الإرادة — مرجع سابق ص ٣٥٣.

(٣) انظر: على حيدر — درر الحكام شرح مجلة الأحكام — مرجع سابق ج ١ ص ٦٠.

(٤) انظر: الحموى — غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر — مرجع سابق ج ١ ص ٤٤٦.

(٥) سنتعرض لمسألة قبول الوديعة بالسكوت فى موضع لاحق — ولنا فيها كلام.



٢- أن صياغة المثال المستدل به بأنه : لو قال الوديع لصاحب المال أودعنى سيارتك مثلاً فسكت هذا الأخير.

هذا الكلام يقتضى أن صاحب المال ترك السيارة له تركها له أو وضعها عنده، وفى هذه الحالة يكون الإيجاب وقع بدلالة الفعل — وهو وضع السيارة عنده — لا بطريق السكوت.

يؤيد ذلك ما ذكره السيد البكرى فى إعانة الطالبين: "... حتى لو قال الوديع أودعنيها فدفعتها له ساكتاً صح<sup>(١)</sup> وواضح أن هذا النص هو المثال نفسه المستدل به وفيه تصريح بأن صاحب المال دفعه إلى المودع فيكون الإيجاب قد وقع بدلالة الفعل لا بالسكوت.

٣- أن القائلين بجواز تقدم القبول على الإيجاب لم ينقل عنهم ما يدل على عد السكوت إيجاباً.

فقد جاء فى روضة الطالبين للنووى — الشافعى — : "... فلا بد من صيغة من المودع — وهو الموجب فى نظرهم — دالة على الاستحفاظ كقوله استودعتك هذا المال، أو أودعتك ، أو استحفظتك.. أو ما فى معناها ". وفيه أيضاً : " ولو قال: أريد أن أودعك ثم جاء بالمال.. فإن قال هذه وديعتى عندك ووضعه بين يديه، فإن أخذه المودع عنده تمت الوديعة "(٢).

وهكذا، نرى أن الشافعية يشترطون أن يكون الإيجاب بالصيغة أى بالقول الصريح، أو الكناية كقوله " خذه " مع النية<sup>(٣)</sup>.

إلا أن المالكية يجيزون أن تتم الوديعة من غير إيجاب ولا قبول بالقول وإنما بطريق الدلالة الفعلية كالمعاطاة فى البيع<sup>(٤)</sup> ويتمثل الدلالة هنا فى وضع المال بين يدى المودع ومعلوم أن التعبير بطريق الدلالة الفعلية يختلف عن التعبير بالسكوت.

(١) انظر: السيد البكرى - إعانة الطالبين - مطبعة مصطفى البابى الحلبي الطبعة الثانية سنة ١٣٥٦ ج ٣ ص ٢٤٤.

(٢) انظر : النووى — روضة الطالبين — مرجع سابق — ج ٥ ص ٢٨٦. ومثل ذلك فى إعانة الطالبين حيث جاء فيه " والإيجاب إما صريح كأودعتك هذا أو استحفظتك ، أو كناية مع النية ". انظر — السيد البكرى — إعانة الطالبين — مرجع سابق — ج ٣ ص ٢٤٤.

(٣) السيد البكرى — إعانة الطالبين — للمرجع السابق — ج ٣ ص ٢٤٤.

(٤) انظر: الدسوقي — حاشية الدسوقي على الشرح الكبير — مرجع سابق ج ٣ ص ٤١٩، حيث ذكر أنه " لا يشترط فيه إيجاب وقبول ، وهو كذلك فمن وضع مالا عند شخص ولم يقل له أحفظه أو نحوه ففرط فيه كان تركه وذهب فضاء المال ضمن لأن سكوته حين وضعه يدل على قبول حفظه.

وهذا الخلاف بين الشافعية والمالكية راجع إلى اختلافهم في دلالة المعاطاة، وقد بيناه سابقاً.

وعلى ذلك: فإنه إذا كان من الممكن تصور وقوع الإيجاب بالسكوت عقلاً — بناء على رأى الجمهور فى جواز تقدم القبول على الإيجاب<sup>(١)</sup> — فإنه لا يمكن التسليم به عملاً وواقعاً.

ولذلك لم نجد من أقوال الفقهاء — حتى القائلون بجواز تقدم القبول — ما يدل على جوازه.

وبالتالى فإن الإيجاب لا يمكن التعبير عنه بالسكوت مطلقاً — كما سبق أن ذكرنا.

---

(١) هذا التصور كان قد خطر لى فعلاً فى مرحلة تجميع المادة العنمية الخاصة بهذه المسألة، ولكن بعد البحث والدراسة تبين لى أنه مجرد تصور لا يمكن تطبيقه عملاً، حيث لم يرد فى كتب الفقه الإسلامى ما يشهد بوقوعه فعلاً. فعدلت عن تلك الفكرة فى مرحلة الصياغة النهائية سالكاً مسلك الفقه الغالب فى هذا الصدد، والذي لا يعتد بالسكوت دليلاً على الإيجاب مطلقاً.

## ثانيا : السكوت ومدى دلالاته على القبول :

انتهينا فيما سبق إلى أن القبول — وفقاً للرأى الراجح — هو ما صدر ثانياً من كلام أحد المتعاقدين — مملكاً أو مملكاً — دالاً على موافقته ورضاه بما أوجبه الأول.

وعلمنا أيضاً انه لا خلاف بين الفقهاء على أن السكوت المجرد — أى ذلك الموقف السلبي التام — لا يصلح أن يكون وسيلة للتعبير عن القبول كما لا يصلح للتعبير عن غيره من أوجه الإرادة<sup>(١)</sup>.

فالكلام هنا إذاً عن السكوت المعبر عن الإرادة على سبيل الاستثناء، وعن مدى تطبيق تلك الاستثناءات بالنسبة للقبول، ومن ثم مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول.

وفى هذا الصدد، نجد أن معظم من تناول مسألة السكوت ودلالاته على الإرادة من الفقهاء المعاصرين فى مجال الدراسات المقارنة يرون جواز التعبير عن القبول بالسكوت وذلك تأثراً بموقف القانون الوضعي<sup>(٢)</sup>.

وفى الواقع، إن هذا المسلك — للفقهاء المعاصر — من وجهة نظري غير دقيق وغير مسلم به على إطلاقه.

ذلك لأنه يجب التمييز فى هذا الصدد بين العقد بمعناه العام، والعقد بمعناه

---

(١) راجع ما سبق فى الأصل فى دلالة السكوت على الإرادة.

(٢) انظر فى ذلك على سبيل المثال : د/ صبحى محصاني — النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية — مرجع سابق ج ٢ ص ٥٦ وما بعدها، د/ عبد المجيد الحكيم — الوسيط فى نظرية العقد — مرجع سابق ج ١ ص ١٥٠، د/ عبد الهادي العطافي — صورة من طرق التعبير عن الإرادة — مرجع سابق ص ٩٣ وما بعدها، د/ رمضان على السيد الشرنباصي — السكوت ودلالاته على الأحكام الشرعية — مرجع سابق ج ١٨ ص ١١٦ وما بعدها، د/ محسن النيه — مشكلتان متعلقتان بالقبول — السكوت والإنذاع — مرجع سابق ص ٨١، د/ عبد الرازق حسن فرج — دور السكوت فى التصرفات القانونية — مرجع سابق ص ٤١، د/ عبد الحميد البعلي — ضوابط العقود — مرجع سابق ص ١١٣، د/ على محي الدين القرة داغي — مبدأ الرضا فى العقود — مرجع سابق ص ١١٦ وما بعدها، د/ ثروت فتحي إسماعيل — صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة — مرجع سابق ص ٩٣ وما بعدها، د/ عبد المنعم فرج الصدة — نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي — مرجع سابق ص ١٧٤ وما بعدها، د/ مصطفى الجمال — القانون المدني فى ثوبه الإسلامى — مصادر الالتزام — مرجع سابق ص ٦٧ وما بعدها، وليادته أيضاً — السعى إلى التعاقد فى القانون المقارن — مرجع سابق ص ٦٣ وما بعدها، وهكذا سائر كتب مصادر الالتزام فى القانون الوضعي.

فالعقد بمعناه العام والذي يمكن أن ينشأ بإرادة واحدة، مثل الوقف والوصية وكذلك سائر التصرفات التي تنشأ بإرادة واحدة كالإجازة، والإذن والإسقاط، والإبراء فهذه لا تحتاج إلى إرادتين متطابقتين — إيجاب وقبول — ومن ثم يصدق عليها ذلك، بمعنى أنه يمكن اعتبار السكوت دليل على قبولها استثناء.

وأما العقد بمعناه الخاص، والذي يلزم لانعقاده وجود الصيغة — الإيجاب والقبول — فبإزاء، وإن كانت صياغة الشق الثاني من القاعدة تسمح بإمكانية اعتبار السكوت قبولاً به، حيث عبر الفقهاء بقولهم : ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان . وكلمة "بيان" عامة، تشمل الرضا بجميع صورته، كما تشمل غيره من صور التعبير عن الإرادة، إلا أنه من الناحية العملية الواقعية، لا يمكن التسليم بأن السكوت يدل على القبول الذي يعد أحد شطري الصيغة المنشئة للعقد، وذلك لما يلي :

أولاً : من المعلوم أن التعبير عن الإرادة يتم باللفظ وما يقوم مقامه من كتابة أو إشارة، أو بالمعاطاة<sup>(٢)</sup>، أو بطريق الدلالة الفعلية . كما بينا سابقاً<sup>(٣)</sup>، والفرص أنه لا يوجد شيء من ذلك.

وبالنسبة لانعقاد العقد، لم يقل أحد من الفقهاء القدامى بانعقاده بإيجاب لفظي من أحد العاقدتين وسكوت من المتعاقد الآخر ففي عقد البيع مثلاً لو فاجأ شخص آخر بدون مقدمات أو مفاوضات فقال له : بعثك منزلي بكذا فسكت الآخر، فإن سكوته لا يعد قبولاً. لم يخالف في ذلك أحد<sup>(٤)</sup>.

بل إننا رأينا أن الفقهاء فيما يتعلق بانعقاد الزواج متفقون على عدم جواز انعقاده بطريق المعاطاة<sup>(٥)</sup>، برغم أن المعاطاة تتطوى على أفعال إيجابية من المتعاقدين، فما بالنا بالسكوت الخالي من أي فعل .

وكذلك بالنسبة لعقد البيع رأينا اختلاف الفقهاء حول انعقاده بطريق المعاطاة برغم

(١) سبق أن ذكرنا ذلك في بداية الكلام عن هذا الفرع.

(٢) راجع ما سبق في التمييز بين السكوت وبين ما يشبهه به .

(٣) انظر : د/ عبد القادر محمد قحطان — السكوت المعبر عن الإرادة — مرجع سابق ص ٣٥٥.

(٤) راجع ما سبق — في المعاطاة — حيث عرضنا أن الفقهاء متفقون على عدم جواز انعقاد الزواج بالمعاطاة.

اشتمالها على أفعال إيجابية أى بذل من المتعاقدين أو من أحدهما.

ولكن يلزم لاتعقاد العقد أن يظهر من وجه إليه الإيجاب موافقته أو رفضه للإيجاب الذى وجه إليه بوسيلة من الوسائل المعتمدة شرعاً، كأن يقول قبلت أو رفضت أو أن يكتب أنه قبل أو يشير بالموافقة، أو يقوم بدفع الثمن أو العوض عموماً، أو يستعمل الشئ المبيع أو المستأجر وهكذا أما أن يظل ساكناً فلا يمكن اعتبار سكوته هذا قبولاً.

سواء كان ذلك بصدد تعاقدين حاضرين، أو بين غائبين حيث يتعين على من وجه إليه الإيجاب — إن أراد القبول — أن يقبل أو يرفض بقول أو بفعل أما سكوته فلا يدل على القبول<sup>(١)</sup>.

كل ما ورد عن الفقهاء فى هذا الصدد، ما جاء فى المذهب الحنفى بخصوص بيع التلجنة<sup>(٢)</sup>. فقد قال العلامة ابن نجيم : السكوت عقيب قول رجل واطع غيره على أن يظهر بيع تلجنة ثم قال : بدا لى جعله بيعاً نافذاً بمسمع من الآخر ثم عقداً كان نافذاً<sup>(٣)</sup> تلك هى المسألة الوحيدة التى وردت باعتبار السكوت قبولاً عند الحنفية، ولم يقل بها غيرهم من الفقهاء، وهى مسألة خاصة بصورة خاصة من البيع، ولا يمكن القياس عليها، وتعميم حكمها على ما عداها إذ أن السكوت فى هذه الصورة مدلول عليه من خلال عقد سابق، فحصول التعاقد بينهما على وجه التلجنة قد جعلهما على بينة من المسائل الجوهرية فى التعاقد، فإذا ما طرأ على أحدهما إرادة إمضاء هذا العقد وأظهر إرادته هذه — الإيجاب — لصاحبه الآخر، فإن على هذا الأخير — إذا لم يرغب بالقبول — أن يفصح عن رفضه لهذا الإيجاب، فإذا سكت حياله اعتبر قابلاً له، وبذلك ينعقد البيع، ويصبح نافذاً بين هذين المتعاقدين<sup>(٤)</sup>، فكأن العقد السابق بين المتعاقدين هو الذى

(١) راجع فى هذا المعنى : د/ جابر عبد الهادي سالم — مجلس العقد — مرجع سابق ص ٢٣٨ وما بعدها.

(٢) بيع التلجنة معناه : " أن يتواطأ البائع والمشتري على أن يظهر البيع عند الناس ، ولا يكون قصدهما : البيع حقيقة، بسبب فوق من سلطان أو غيره أن يأخذ هذا الشئ المبيع " .

راجع : د/ عبد القادر محمد قحطان — السكوت المعبر عن الإرادة — المرجع السابق ص ٣٥٦.

(٣) انظر : ابن نجيم — البحر الرائق — مرجع سابق ج ٣ ص ١٢٢، الأشباه والنظائر — مرجع سابق ص ١٥٥، الحموي — غمر عيون البصائر — مرجع سابق ج ١ ص ٤٤٠.

(٤) انظر فى هذا المعنى : د/ وحيد الدين سوار — التعبير عن الإرادة — مرجع سابق ص ٢٦٧ د/ عبد القادر محمد قحطان — السكوت المعبر عن الإرادة وأثره فى التصرفات — مرجع سابق ص ٣٥٥.

رجح دلالة السكوت على القبول، ولذا ، لم يقل أحد من الفقهاء بعد السكوت قبول لعقد البيع لا من الحنفية، ولا من غيرهم من غير تلك الصورة، ومن ثم ، فلا يعد السكوت قبولاً لعقد من العقود التي يلزم لنشأتها ضرورة توافر الإيجاب والقبول.

ثانياً: أنه بالنظر إلى المسائل التي خرجها الفقهاء القدامى على هذا الشق من القاعدة : " ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " والتي بنى عليها هؤلاء مسلكتهم فى الاعتداد بالسكوت دليل على القبول — ومناقشتها يتبين أنها لا تحقق ما يدعون .

من هذه المسائل — سكوت الوكيل قبول، وسكوت البكر رضا بالزواج — سكوت الموقوف عليه قبول للوقف — سكوت المستأجر أو المؤجر قبول — سكوت المودع عنده أو المستودع قبول . ونقوم فيما يلي بمناقشة هذه المسائل كل منها على حدة.

أما عن الوكالة والتي ورد النص بشأنها على أن : " سكوت الوكيل قبول ويرتد برده " <sup>(١)</sup>، فيمكن مناقشة تخريج الفقهاء المعاصرين عليها بأن ذلك محمول على أن الوكيل قد بدأ فى مباشرة أعمال الوكالة بالفعل، وبناء على ذلك ، لا يكون قبول الوكيل للوكالة قد تم بالسكوت، وإنما دل عليه — القبول — الفعل وهو مباشرته لأعمال الوكالة، يؤيد ذلك ما جاء فى معين الحكام للطرابلسي بأنه : " لو وكله بشئ فسكت الوكيل وباشره صح ويرتد برده " <sup>(٢)</sup>. وكذلك ما ورد فى هذا الشأن بشرح مجلة الأحكام من أنه : " إذا وكل شخص آخر بشئ، والوكيل سكت، وبعد سكوته باشر إجراء الأمر الموكل به فلا يكون عمله فضولاً " <sup>(٣)</sup>. ففى ذلك دليل على أن الدليل على قبول الوكالة من الوكيل ليس السكوت وإنما الفعل. وبذلك يكون فى فهم الفقه المعاصر لذلك بأن القبول تم بالسكوت خلط بين التعبير بالسكوت والتعبير بالدلالة الفعلية، برغم ما بينهما من اختلاف بيناه سابقاً <sup>(٤)</sup>.

---

(١) ابن نجيم — الأشباه والنظائر — مرجع سابق — ص ١٥٤، الحموي — غمز عيون البصائر — مرجع سابق — ج ١ ص ٤٤٠.

(٢) الطرابلسي — معين الحكام — فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام — شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر — الطبعة الثانية سنة ١٩٧٣م — ص ١٦٠.

(٣) انظر : د/ على حيدر — درر الحكام — مرجع سابق — ج ١ ص ٦٠، د/ سليم رستم — شرح المجلة — مرجع سابق — ص ٤٧.

(٤) راجع ما سبق فى التمييز بين التعبير بالسكوت والتعبير بالدلالة الفعلية، ويمكن أن يناقش تخريج الفقه المعاصر على مسألة الوكالة من وجه آخر وهو أنه : حتى على فرض التسليم باعتبار سكوت الوكيل قبول للوكالة فإنه لا يمكن الاعتماد عليه فى جعل السكوت قبول فى غير ذلك من العقود لأن الوكالة ==

وأما ما ورد بأن سكوت البكر رضا بزواجها<sup>(١)</sup> فيقصد به أن سكوتها إذن منها لوليها بمباشرة عقد زواجها، وليس المقصود أن سكوتها دليل على القبول بمعناه المعروف في العقد والذي يمثل أحد شطري الصيغة التي يتكون بها العقد. ذلك أن المباشر للعقد هو وليها بعد إنها له بذلك، ومن ثم فإن القبول الذي يتكون به عقد الزواج هو ما يصدر من الولي، وعلى ذلك فلا يفهم سكوت البكر على أنه موافقة أو قبول للإيجاب، وإنما هو إذن لوليها بمباشرة العقد. يدل على ذلك صياغة السيوطي لهذه المسألة بأن " .. البكر سكوتها في النكاح إذن للأب والجد .. " <sup>(٢)</sup>. فصياغة المسألة على هذا النحو تؤيد ما ذكرناه بأن سكوتها إذن لوليها.

وأما ما ورد باعتبار سكوت الموقوف عليه قبول للوقف، سكوت المتصدق عليه قبول<sup>(٣)</sup>. فإن ذلك لا يثبت أن السكوت يعد دليلاً على القبول المكون للعقد، لأنه من المعلوم أن الوقف — وفقاً للرأى الراجح — من قبيل التصرف بالإرادة المنفردة الذي لا يتوقف على قبول من أحد، وليس من قبيل العقد بمعناه الخاص والذي يلزم لتكوينه وجود الإيجاب والقبول. أي أن القبول من الموقوف عليه ليس ركناً للوقف.

وعلى ذلك، فإن قبول الواقف ليس المقصود به القبول الذي ينعقد به الوقف وإنما هو بمثابة إقرار للوقف ونفاذه واستحقاقه<sup>(٤)</sup>، وهكذا سائر التصرفات التي تنعقد بالإرادة المنفردة التي تنشأ بالإيجاب فقط، فلا يستل بها على اعتبار السكوت دليل على القبول

== من العقود الجائزة ، أى غير اللازمة فى حق طرفيها، وبخاصة إذا كانت بغير أجر، إذ يجوز للموكل والوكيل أن يردا هذا العقد إذا رأى أن مصلحته فى رده، فظنراً لذلك يمكن التسامح فى اعتبار سكوت الوكيل قبولاً لها. انظر فى هذا المعنى : الحجاوي — الإقناع — مرجع سابق جـ ٢ ص ٤٢٣، د/ محمد مصطفى شاذي — نظام المعاملات فى الفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ٣٦٣، د/ أحمد فراج حسين الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية — مرجع سابق ص ٣٠١.

(١) سنتكلم عن مسألة سكوت البكر بشئ من التفصيل فى موضع لاحق من البحث.

(٢) انظر : السيوطي — الأشباه والنظائر — مرجع سابق ص ١٥٨.

(٣) انظر : ابن نجيم — البحر الرائق — مرجع سابق — جـ ٣ ص ١٢٢، ابن نجيم — الأشباه والنظائر مرجع سابق — ص ١٥٤، الحموي — غمر عيون البصائر — مرجع سابق — جـ ١ ص ٤٤٠، سليم رستم — شرح المجلة — مرجع سابق ص ٤٨.

(٤) هناك خلاف فى الفقه الإسلامى فى مسألة لزوم الوقف، حيث يرى بعض الفقهاء أن الوقف يلزم بمجرد صدور الإيجاب صحيحاً من الواقف دون توقف على أمر آخر من قبض الموقوف أو غيره. فى حين يرى البعض الآخر أن الإيجاب لا يكفي وحده فى لزوم الوقف، وإنما لا بد مع ذلك من تسليم المال الموقوف.

كما انه فيما يتعلق بقبول الوقف فلا خلاف بين الفقهاء فى انه إذا كان الموقوف عليه غير معين فإن القبول لا يكون ركناً ولا شرطاً فى صحة الوقف وأما إذا كان الموقوف عليه معيناً فقد اختلف الفقهاء ==

المكون للعقد بمعناه الخاص.

وأما ما ورد بشأن الإجارة بأن : " السكوت فى الإجارة قبول ورضا، كقوله لساكن داره، اسكنها بكذا وإلا فانتقل فسكت وبقي ساكناً لزمه الأجر المسمى " (١). وبأنه: "إذا كان شخص ساكناً بطريق الغصب أو العارية فى دار آخر، وقال له صاحب المال "اسكن فى الدار بأجرة كذا وإلا فأخرج منها " فسكت الساكن وبقي فى الدار فيكون قد استأجر تلك الدار ورضى بدفع البذل الذى نكره صاحبها " (٢). وكذلك : " إذا كان عند رجل راع يرعى له غنمه وقال له إنى لا أرعى غنمك بمائة قرش سنوية بل أريد مائتين فسكت صاحب الغنم وبقي الراعى يرعى فيكون صاحب المال قد قبل استئجار الراعى بمائتي قرش ويلزمه دفع المائتين " (٣). هذه المسائل بصيغها المختلفة، تعبر عن معنى واحد هو انعقاد الإجارة بالقول من أحد العاقدين، وبالسكوت من الآخر، إذ يفهم من الصورة الأولى أن المالك المؤجر داره لآخر قال له : " اسكنها بكذا وإلا فانتقل " أى أن ذلك ينطوى على إيجاب منه بتحديد الأجرة أو بزيادتها، وأن الساكن المستأجر ظل ساكناً، وهذا يعنى أنه قبل الإيجاب الذى وجهه إليه المؤجر إذ أنه بقى ساكناً بالدار. ولكن إذا دققنا النظر فى ذلك لوجدنا أنه لا يدل على أن السكوت دل على القبول وإنما دل عليه فعل المستأجر وهو استمراره فى سكنى هذه الدار ومن ثم فلا نكون أملم

---

=فى ذلك حيث ذهب البعض إلى أن القبول من المعين شرط فى صحة الوقف والاستحقاق، وذهب البعض الآخر إلى أن القبول ليس بشرط لا فى صحة الوقف ولا فى استحقاقه فإذا صدرت الصيغة من الواقف صحيحة استحق الموقوف عليه - المعين - الثمرة والغلة وإن لم يقبل. وقد أخذ القانون بالرأى القائل بأن القبول ليس شرطاً لثبوت الاستحقاق، إلا أنه استثنى حالة واحدة جعل فيها القبول شرطاً لاستحقاق الموقوف عليهم وهى ما إذا كان الموقوف عليه جهة لها من يمثلها قانوناً. وعلى أى حال فلا ينال القبول ليس ركناً من أركان العقد، وهذا يعنى انعقاده بمجرد الإيجاب.

انظر فى ذلك تفصيلاً : د/ أحمد فراج حسين - أحكام الوصايا والأوقاف فى الشريعة الإسلامية - دار المطبوعات الجامعية سنة ١٩٩٧ م - ص ٢٣٩ وما بعدها، د/ عبد الودود السريتي - الوصايا والأوقاف والميراث فى الشريعة الإسلامية - المكتب العربى للطباعة سنة ١٩٩٠م ص ٢٠٣، د/محمد أحمد سراج - أحكام الوصايا والأوقاف فى الفقه الإسلامى والقانون - دار المطبوعات الجامعية سنة ١٩٩٨م ص ١٧٠ وما بعدها.

(١) انظر : سليم رستم - شرح المجلة - مرجع سابق - ص ٤٧.

(٢) انظر : علي حيدر - درر الحكام - مرجع سابق - ج ١ ص ٦٠.

(٣) انظر : الحموي - غمز عيون البصائر - مرجع سابق - ج ١ ص ٤٤٦، علي حيدر - درر الحكام - مرجع سابق - ج ١ ص ٦٠، د/ صبحي محمصاني - النظرية العامة للموجبات والعقود - مرجع سابق - ج ٢ ص ٥٦، علي محي الدين القرة داغى - مبدأ الرضا فى العقود - مرجع سابق ص ١١٥٩.



قبول بالسكوت، وإنما بطريق الدلالة أى " قبول ضمنى " ولقد علمنا أن السكوت يختلف عن الدلالة الفعلية التى تفهم من خلال ما قارن السكوت من أفعال. ومن ناحية ثانية فإن القبول هنا ليس قبولاً ينعقد به العقد إذ الواضح أن هناك عقد بينهما، وأن ما حدث هو أن المالك أراد أن يزيد الأجرة، فقبل المستأجر هذه الزيادة وبقي ساكناً وعلى ذلك، فلا تدل هذه الصورة على إمكان انعقاد الإجارة بإيجاب لفظي من المؤجر وسكوت من المستأجر.

وينطبق ذلك أيضاً على الصورة الثانية التى عبر فيها الساكن - الغاصب أو المستعير - عن قبوله لإيجاب المالك بالدلالة الفعلية لا بالسكوت حيث إنه ظل ساكناً فى الدار بعد قول المالك. فدل ذلك - أى فعله المتمثل فى استمراره فى السكنى - على رضاه بالإيجار.

وأما عن الصورة الثالثة فهى تصور الإيجاب الصادر من الراعى بزيادة أجرته، حيث عرض ذلك على المالك - صاحب المال - الذى سكت، فهذا السكوت من جانب صاحب المال يعد قبولاً، دل عليه موافقته على استمرار الراعى فى عمله، وهنا تمت الموافقة على تجديد العقد - المبرم بينهما قبل ذلك - من خلال قول الراعى - الذى يمثل الإيجاب - وسكوت المالك - الذى يمثل القبول - إلا أنه يلاحظ أن هذا السكوت فى تلك الصورة لا يثبت إمكان انعقاد الإجارة بقول من جانب وسكوت من آخر. ذلك لأنه - كما هو واضح - أن العقد موجود قبل ذلك. وما هذا السكوت الأخير إلا موافقة على إرادة الراعى فى زيادة أجرته فليس فى معرض انعقاد الإجارة. كما أن سكوت صاحب المال مع استمرار الراعى فى رعيه موافقة فعلية من المالك، فكأنه سلمه المال - الغنم - وسمح له باستمراره فى علمه.

وعلى ذلك، فلا تدل هذه الصور على جواز التعبير عن القبول بالسكوت فى عقد الإجارة، وبالتالي فلا يصح الاستناد إليها فى القول بإمكان التعبير عن القبول - المكون للعقد بمعناه الخاص - بالسكوت.

بقيت مسألة أخيرة تتعلق بهذا الأمر - أى بعض المسائل الفقهية التى خرجها الفقهاء القدامى على قولهم " ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " والتى استند إليها الفقه المعاصر فى القول بإمكان التعبير عن القبول بالسكوت - وهى خاصة بعقد

هذه الصورة ورد النص عليها في كتب الفقه الإسلامي، فقد جاء في حاشية الدسوقي : " والحاصل انه يكفي في قبول الوديعة الرضا بالسكوت"<sup>(٢)</sup>، وجاء في روضة الطالبين .. " وفي اشتراط القبول باللفظ ثلاثة أوجه أصحها لا يشترط بل يكفي القبض في العقار والمنقول "<sup>(٣)</sup>. وجاء في حاشية إعانة الطالبين : " وشرط فيها ما مر في الوكالة وهو اللفظ من أحد الجانبين وعدم الرد من الآخر، حتى لو قال الوديع أودعنيها فدفعها له ساكتاً صح "<sup>(٤)</sup>. وجاء في حاشية الحموي : " أن المودع يصير مودعاً بسكوته عقيب وضع رجل متاعه عنده وهو ينظر "<sup>(٥)</sup>. وجاء في درر الحكام : " إذا ترك شخص مالاً عند آخر قائل إن هذا المال وديعة وسكت المستودع تتعدّد الوديعة"<sup>(٦)</sup>. فهذه النصوص تدل على جواز انعقاد الوديعة بقول من أحد العاقلين وسكوت من الآخر بل نجد بعض الفقهاء يرون أنها تجوز من غير إيجاب وقبول أى بدون لفظ من الجانبين، فقد جاء في حاشية الدسوقي : " .. وظاهره انه لا يشترط فيه — الإيداع — إيجاب وقبول وهو كذلك، فمن وضع مالاً عند شخص ولم يقل له احفظه أو نحوه ففرض فيه كأن تركه وذهب فضاع المال ضمن، لأن سكوته حين وضعه يدل على قبول حفظه"<sup>(٧)</sup> . ومثله في حاشية الحموي ، حيث جاء بها " أن من وضع متاعه عند رجل

(١) الوديعة لغة : مأخوذة من السكون، يقال " ودع الشيء يدع " إذا سكن فكانها ساكنة عند المودع ، وقيل مأخوذة من الدعة وهي خفض العيش لأنها غير مبتذلة بالانتفاع، والوديعة : اسم للمال المودع، والإيداع: تركيل في حفظه تبرعاً، والاستيداع : توكل في حفظه كذلك بغير تصرف وعلى ذلك : فالوديعة عبارة عن المال الموضوع عند أجنبي لحفظه.

انظر في ذلك : ابن قدامة — المغني — مرجع سابق — ج ٧ ص ٣٤٥، الدسوقي — حاشية الدسوقي مرجع سابق — ج ٣ ص ٤١٩، الكاساني — بدائع الصنائع — مرجع سابق — ج ٦ ص ٣١٦، النووي روضة الطالبين — ج ٥ ص ٢٨٥، السيد البكري — إعانة الطالبين — مرجع سابق — ج ٣ ص ٢٤٣ الحجاوي — الإقناع — مرجع سابق — ج ٣ ص ٥، الشوكاني — نيل الأوطار — مرجع سابق — ج ٥ ص ٢٩٦، الصنعاني — سبل السلام — مرجع سابق — ج ٣ ص ٩٧١، البهوتي — الروض المربع مرجع سابق — ج ٢ ص ٢٥٧، الصاوي — بلغة المالک — مرجع سابق — ج ٢ ص ١٩٨.

(٢) الدسوقي — حاشية الدسوقي — مرجع سابق — ج ٣ ص ٤١٩.

(٣) النووي — روضة الطالبين — مرجع سابق — ج ٥ ص ٢٨٦.

(٤) السيد البكري — حاشية إعانة الطالبين — مرجع سابق — ج ٣ ص ٢٤٤.

(٥) الحموي — غمز عيون البصائر — مرجع سابق — ج ٢ ص ٤٤٦.

(٦) علي حيدر — درر الحكام شرح مجلة الأحكام — مرجع سابق — ج ١ ص ٦٠.

(٧) الدسوقي — حاشية الدسوقي — مرجع سابق — ج ٣ ص ٤١٩.

وسكت وذهب يصير مودعا " (١). إذا ، يفهم مما تقدم ، جواز التعبير عن الإرادة من غير لفظ.

وعلى ما يبدو لى ، فإنه لا يمكن الاستناد إلى هذه النصوص فى القول بإمكان التعبير عن القبول — الذى يعد أحد شطري العقد — بالسكوت، وذلك لأمرين : الأول: إن التعبير عن القبول فى عقد الوديعة — وفقا لما يفهم من النصوص المتقدمة — لم يتم بالسكوت، وإنما بالدلالة الفعلية ، حقيقة هناك سكوت من المودع عنده إلا أنه سكوت قارنه فعل دل على إرادته أو موافقته على الإيداع. هذا الفعل يتمثل فى الإيداع الذى حصل من جانب صاحب المال أمامه، فقوم صاحب المال به ووضعه بين يدى المودع عنده، بأن وضعه فى منزله، أو فى محله، أو مخزنه وهو يشاهد ذلك يصير كأنه تسلمه بالفعل، ويتأكد ذلك أكثر فيما لو قال له ضعه هناك أو أشار له على مكان معين يضعه فيه. يؤيد ذلك ما جاء فى شرح المجلة من أنه : " .. لو دخل شخص خانا فقال لصاحب الخان أين أربط دابتي فأراه محلا فربط الدابة فيه، انعقد الإيداع دلالة " (٢). أى أن الموافقة على الإيداع دل عليها السماح لصاحب المال بأن يضعه فى مكان ما، أو تهيئته للمكان الذى يودع فيه، وينطبق ذلك على ما يعرف اليوم " بالجراجات " أو مواقف السيارات الخاصة، حيث يسمح صاحب الجراج بدخول السيارات بها، وعلى أى حال فالإيداع لم يتم بالسكوت، وإنما بالدلالة الفعلية وهذا ما يوافق العقل ويقتضيه المجرى العادي للأمر، إذ لا يتصور أن يأتي إنسان فى لحظة ويترك ماله فى محل شخص آخر من غير أن يستأذنه فى ذلك ويستحفظه عليه ومن غير أن يتأكد من أن هذا الشخص محل ثقة بحيث يأمن عنده على ماله.

**الأمر الثانى :** أن الوديعة من العقود العينية، وهى العقود التى لا يكفي لترتيب آثارها عليها مجرد وجود الصيغة مستوفية لشرائط صحتها لأن تمام الالتزام فيها يتوقف على أمر آخر هو قبض العين أى الوديعة وهو المال المودع (٣). سواء أكان القبض حقيقيا بأن يتم تسليم العين محل الوديعة أم كان قبضا حكما بأن يتم تسليم مفتاح المنزل أو السيارة محل الوديعة مثلا. ولعل تلك الصفة فى عقد الوديعة هى التى تبرر مسالك

(١) الحموي — غمز عيون البصائر — مرجع سابق — ج ٢ ص ٤٤٦ :

(٢) انظر : سليم رستم — شرح المجلة — مرجع سابق ص ٤٢٩ م ٧٧٣ .

(٣) انظر : د/ محمد مصطفى شلبي — نظام المعاملات فى الفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ٣٧٢ .

جمهور الفقهاء فى الاكتفاء بالسكوت دليل على الرضا بها أو قبولها. فهذا السكوت مقترن بفعل وهو عملية الإيداع أو القبض، فالقبض يغني عن اللفظ، وهذا يؤكد ما ذكرناه فى الأمر الأول وهو أن القبول لم يستدل عليه بالسكوت، وإنما من خلال الفعل، وهو الإيداع والقبض.

وعلى ذلك، فلا يفهم من هذه النصوص — الواردة بشأن الوديعه — إمكان التعبير عن قبولها بالسكوت.

وهكذا ، نخلص مما سبق إلى أن تلك المسائل التى خرجها الفقهاء على قولهم : "ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " — استثناء على الأصل فى دلالة السكوت — لا يمكن الاستناد إليها فى القول بإمكان التعبير عن القبول بالسكوت ، كما يرى أغلب الفقه المعاصر ، فالقبول الذى يعد أحد شطري صيغة العقد لا يصلح السكوت أن يكون دليلا عليه ، وإنما لابد من التعبير عنه بوسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة كالقول، أو الكتابة، أو الإشارة ، أو فعل من الأفعال على نحو ما بينا سابقا.

وعلى ذلك، فلا عمل للاستثناءات الواردة على السكوت فى مجال انعقاد العقود — بمعناها الخاص — سواء أكان فى جانب الإيجاب أم فى جانب القبول — كل ما هنالك أن السكوت قد يكون دليلا — استثنائيا — على الرضا بشئ ، أو على رفضه ، أو على الإنن بشئ ، أو الإجازة ، أو الإقرار ، أو غير ذلك من وجوه التعبير عن الإرادة، غير انعقاد العقود.

## المطلب الثالث

### حالات السكوت المعبر عن الإرادة

- تمهيد وتقسيم :

انتهينا فيما سبق إلى أن السكوت في كل موضع تمس فيه الحاجة إلى البيان، يعد دليلا على الإرادة وإظهارا لها، استثناء من الأصل في ذلك، وذلك بناء على قول الفقهاء: " ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان " ، فيمكن أن يعد السكوت دليل على الرضا بأمر، أو رفضه أو دليل على الإنن، أو الإجازة، أو الإسقاط، إلى غير ذلك من صور التعبير عن الإرادة، إلا انه لا يمكن أن يكون دليلا على الرضا المكون للعقد سواء أكان في جانب الإيجاب أم في جانب القبول.

وقد خرج الفقهاء المسلمون القدامى مسائل فقهية كثيرة من أبواب الفقه الإسلامي المختلفة، وجعلوا للسكوت دلالة على الإرادة بشأنها استثناء، هذه المسائل تختلف من مذهب إلى آخر وذلك بحسب ما إذا كان السكوت في موضع الحاجة إلى البيان أو لا. لذلك نجد بعضها محل اتفاق، وبعضها محل خلاف بين الفقهاء، كما أنها تختلف من حيث كثرتها أو قلتها من مذهب إلى آخر<sup>(١)</sup>.

هذه المسائل يجمعها معيار واحد هو " الحاجة " ، ولأن هذه المسائل تجعل للسكوت دلالة استثنائية بشأنها على الإرادة فلا بد لها من دليل من نص أو قرينة كما سبق أن ذكرنا.

وبناء على ذلك . يمكن رد هذه المسائل أو تصنيفها بحسب دليلها إلى : مسائل تحددت فيها دلالة السكوت بناء على نص أو عرف، ومسائل تحددت فيها دلالة السكوت بناء على قرينة أى دلالة حال. ونسوق فيما يلي بعض المسائل كنماذج أو أمثلة تطبيقية

---

(١) انظر في هذه المسائل المستتاة على سبيل المثال : ابن نجيم - البحر الرائق - مرجع سابق ج ٣ ص ١٢٢ - ١٢٣، ابن نجيم أيضا - الأشباه والنظائر - مرجع سابق ص ١٥٤ وما بعدها، السيوطي - الأشباه والنظائر - مرجع سابق - ص ١٥٨-١٥٩، الزركشي - المنثور في القواعد - مرجع سابق ج ٢ ص ٢٠٥ وما بعدها، الإسنوي - التمهيد في تخريج الفروع على الأصول - مرجع سابق ص ٤٤٢ وما بعدها، ابن خطيب الدهشة - مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي - مرجع سابق ص ٢٣٩، الحموي - غمز عيون البصائر - مرجع سابق ج ١ ص ٤٣٩ وما بعدها، الطرابلسي - معين الحكام - مرجع سابق ص ١٦٠، د/ وحيد الدين سوار - التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ٢٦٦، د/ على محي الدين القرة داغي - مبدأ الرضا في العقود - مرجع سابق ص ١١٥٧.

لما ذكرنا.

وذلك فى الفرعين التاليين :

الفرع الأول : مسائل تحددت فيها دلالة السكوت بناء على نص أو عرف.

الفرع الثانى : مسائل تحددت فيها دلالة السكوت بناء على قرينة.

## الفرع الأول

### مسائل تحددت فيها دلالة السكوت بناء على نص أو عرف

والمراد بالنص هنا اللفظ الذى يفهم منه المعنى من القرآن والسنة سواء أكان ظاهراً أم مفسراً أم خاصاً أم عاماً، وليس المراد منه ما قابل الظاهر والمفسر، والمحكم. فهو كل ملفوظ من القرآن الكريم والسنة النبوية<sup>(١)</sup>. ويلحق بالنص هنا من حيث الأثر، العرف .

فمن أهم المسائل التى تحددت فيها دلالة السكوت بناء على النص. مسألة سكوت البكر فى الزواج حيث يقوم مقام نطقها عندما يستأذنها وليها قبل التزويج، وعند قبض مهرها<sup>(٢)</sup>.

وقد دل على أن سكوت البكر كنطقها فى ذلك نص حديث الرسول — صلى الله عليه وسلم — : " لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا: يا رسول الله وكيف إذن؟ قال : أن تسكت " <sup>(٣)</sup>. وقوله — صلى الله عليه وسلم — " الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن فى نفسها، وإذنها صمتها " <sup>(٤)</sup>.

---

(١) انظر فى ذلك : د/ بدران أبو العنين بدران — بيان النصوص التشريعية — مرجع سابق ص ٣٠، د/ أحمد فراج حسين — أصول الفقه الإسلامى — مرجع سابق هامش ص ٢٧٢، د/ رمضان على السيد الشرنباصى — أصول الفقه الإسلامى — مرجع سابق ص ٢٠٧.

(٢) انظر : ابن نجيم — الأشباه والنظائر — مرجع سابق ص ١٥٤، السيوطى — الأشباه والنظائر — مرجع سابق ص ١٥٨، الزركشى — المنثور فى القواعد — مرجع سابق ج ٢ ص ٢٠٦، الحموي — غمز عيون البصائر — مرجع سابق — ج ١ ص ٤٣٩، الطرابلسي — معين الحكام — مرجع سابق ص ١٦٠.

(٣) ابن حجر — فتح الباري — مرجع سابق — ج ٩ ص ٢٣٣، مسلم — صحيح مسلم — مرجع سابق ج ٢ ص ١٠٣٦ كتاب النكاح.

(٤) ابن هبيرة — الإفصاح عن معانى الصحاح — مرجع سابق — ج ٣ ص ٢٢٣، مسلم — صحيح مسلم — مرجع سابق — ج ٢ ص ١٠٣٧، الترمذى — سنن الترمذى — مرجع سابق — ج ٣ ص ٤٠٧، أبو داود — سنن أبى داود — مرجع سابق — ج ٢ ص ٢٣٩ كتاب النكاح.

ففى ذلك تصريح بأن البكر يكفى سكوتها أو صمتها فى إنزها بالزواج أى أن سكوتها يحمل على الموافقة بناء على النص، وذلك لضرورة الحياء<sup>(١)</sup> أى أن حياءها يمنعها من إبداء أو إعلان موافقتها باللفظ، لذلك رفع الحرج عنها اكتفاء بسكوتها، وذلك مما يعرف ببيان الضرورة عند الحنفية.

وقد سبق — فى إطار حديثنا عن الثيب وعن أن سكوتها لا يعد إنذا — أن علمنا أن البكر هى من لم تزل بكارتها، فحقيقة البكارة بقاء العذرة، ويلحق بها حكما، من أزيلت بكارتها بغير وطء كحيضة قوية، أو بوثبة .. وكذلك من أزيلت بكارتها بوطء حرام لم تحد فيه أو لم تستهر به<sup>(٢)</sup>.

وأما عن تحديد دلالة السكوت عند الحاجة بمقتضى العرف<sup>(٣)</sup>، ففى مسائل كثيرة جدا، منها على سبيل المثال:

أن يجعل السكوت بيانا لما تعورف حذفه من الكلام اختصارا، أى لضرورة اختصار الكلام، وعدم التطويل فيه، وذلك نحو : له على مائة ودرهم، ومائة ودينار،

---

(١) انظر : البخاري — كنف الأسرار — مرجع سابق ج ٣ ص ١٥٠، ابن أمير الحاج — التقرير والتحبير مرجع سابق — ج ١ ص ١٠٣، د/ بران أبو العنين بران — بيان النصوص التشريعية — مرجع سابق ص ٢٣١، د/ رمضان على السيد الشرنباصي — السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية — مرجع سابق — ص ١٩٤.

(٢) سبق أن ذكرنا ذلك فى موضع سابق عند الكلام عن الثيب. وقد علمنا انه لا خلاف بين الفقهاء، على أن سكوت البكر رضا، إلا أنهم اختلفوا فى البكر البالغة هل ينطبق عليها ذلك أم لا حيث ذهب الشافعية ومالك وأحمد فى إحدى الروايتين إلى أن البكر البالغة يحق لأبيها إجبارها ومن ثم يكفى سكوتها، وإن كان يستحب استئذانها أو إعلامها أن سكوتها رضا .

وذهب أبو حنيفة — رحمه الله — إلى وجوب استئذان البكر البالغة فلا يجوز إجبارها . راجع فى ذلك ما سبق فى الكلام عن الثيب ص

وإذا كان سكوت البكر إذن منها أو دليل على رضاها فإن نطقت بالإذن فهو أبلغ وقم من الإذن من سكوتها، وإن بكت أو ضحكت فهو بمنزلة سكوتها، غير أن روى عن أبى يوسف أن يكاءها لا يكون إجازة بل يكون ردا. راجع فى ذلك : ابن قدامة — المغنى — مرجع سابق — ج ٧ ص ٤٥٢، السرخسي — المبسوط — مرجع سابق — ج ٢ ص ٢، الكاساني — بدائع الصنائع — مرجع سابق — ج ٢ ص ٣٦٢، ابن الهمام — شرح فتح القدير — مرجع سابق — ج ٢ ص ٤٠٢، الدردير — الشرح الصغير — مرجع سابق ج ٢ ص ٨٢، أطفيش — شرح كتاب التلّيف وشفاء العليل — مرجع سابق ج ٦ ص ١٢٢.

(٣) سبق أن بينا معنى العرف والعادة فى الفقه الإسلامى وعلمنا أن لهما دور كبير فى هذا المجال — مجال التعبير عن الإرادة — راجع ما سبق فى الدلالة ص .

فإن المعطوف بيان للمعطوف عليه، ويكون المعطوف مفسر للمعطوف عليه عرفا لكثرة الاستعمال وذلك تخفيفا كما في بعه بمائة ودرهم ويراد بالجميع الدراهم ، وهذا مما يعرف عند الحنفية ببيان الضرورة<sup>(١)</sup>.

ومنها أيضا : السكوت عن تحديد نوع النقد في العقد — مثل الثمن في عقد البيع، أو المهر في عقد الزواج — كأن يقول البائع : بعثك هذا الشيء بمائة أو بألف ، وأن يقول الزوج : تزوجتك بمائة ، أو بألف ويسكت عن تحديد نوع هذه المائة أو الألف هل هو دينار أو درهم؛ أو جنيه مثلا. فهنا يرجع إلى العرف السائد في البلد التي جرى فيها التعاقد طالما سكت المتعاقدان عن التحديد<sup>(٢)</sup>.

ومنها: لو باع التاجر شيئا دون الاتفاق مع المشتري على تعجيل الثمن ولا على تأجيله وإنما سكتا عن ذلك. فإنه يرجع إلى العرف لتحديد دلالة هذا السكوت، وبيان ما إذا كان سيتم الدفع معجلا أو مؤجلا. فإذا كان المتعارف بين التجار في ذلك التأجيل أو التعجيل، أو أن البائع يأخذ كل أسبوع قسطا معلوما من الثمن انصرف إليه بلا بيان باللفظ<sup>(٣)</sup>. ومن ذلك أيضا، السكوت عن ذكر الثمن في البيع، فلو باعه وسكت عن ذكر الثمن ، فالبيع ينعقد ويثبت الملك إذا اتصل به القبض، لأن مقتضى البيع المعاوضة بالقيمة المعروفة فإذا سكت عن الثمن كان عوضه قيمته عرفا، فيصير كأنه قال : بعته بالقيمة<sup>(٤)</sup>. وهكذا السكوت عن بيان أحد بنود العقد كالسكوت عن تحديد مشتملات المبيع ومكان التسليم ، وأجرة النقل، وغير ذلك فإذا سكت المتعاقدان عن بيان ذلك فمعناه العمل بالعرف السائد في ذلك، إذ يجعل العرف قاعدة مكملة أو مفسرة. ومبلغه لما سكت عنه المتعاقدان. لأن سكوتهما يفسر على أساس أنهما احتكما إلى العرف القائم

---

(١) انظر في ذلك : ابن أمير الحاج — التقرير والتحجير — مرجع سابق — ج ١ ص ١٠٥ ، البخاري — كشف الأسرار — مرجع سابق — ج ٣ ص ١٥٢ ، د/ عثمان محمد عثمان — مناهج الأصوليين في الدلالات وآثارها في الأحكام الفقهية — مرجع سابق ص ٨ ، محمد عبد الرحمن المحلاوي — تسهيل الوصول إلى علم الأصول — مرجع سابق ص ١٢٨ ، د/ بتران أبو العينين بدران — بيان النصوص التشريعية — مرجع سابق — ص ٢٣٨ ، د/ وهبة الزحيلي — أصول الفقه الإسلامي — مرجع سابق — ص ٢٠٢.

(٢) انظر في هذا المعنى : ابن فرحون — تبصرة الحكام — مرجع سابق — ج ٢ ص ٥٧.

(٣) ابن نجيم — الأشباه والنظائر — مرجع سابق — ص ٩٥ ، د/ صبحي حمصاني — فلسفة التشريع في الإسلام — مرجع سابق — ص ٢٤٢.

(٤) الزيلعي — تبين الحقائق — مرجع سابق — ج ٤ ص ١٦١.



وفوضا إليه مهمة التبيين ، والتفصيل<sup>(١)</sup>. وفي ذلك ذكر ابن نجيم : " لو باع جارية وعليها حلى وقرطان، ولم يشترط ذلك للمشتري لكن تسلم المشتري الجارية والبائع ساكت، كان سكوته بمنزلة التسليم " <sup>(٢)</sup>. ويقاس على ذلك غيره كالملاحقات بسيارة، أو منزل أو غير ذلك.

ومنها أيضا : الاستدلال على الإذن بالعرف وهو ما يعرف بالإذن العرفي وإقامته مقام الإذن اللفظي. مثل الشرب وسقى الدواب من الجداول والأنهار المملوكة، وتناول الثمار الساقطة، وأخذ ما يسقط من الإنسان من الأشياء اليسيرة كالسوط والعصا والفلس والتمرة ، وأخذ ما يسقط من الحب عند الحصاد، ويسمى اللقاط، وأخذ ما بقى من الثمار من الحقائق بعد تخلية أهله له وتسيبته، إلى غير ذلك مما هو مأذون فيه عرفا حيث يصير كالمأذون فيه باللفظ<sup>(٣)</sup>.

وقد ذكر الإمام العز بن عبد السلام فى ذلك فصلا أسماءه : " فصل فى تنزيل الدلالة العادية منزلة الدلالة اللفظية " . وتضمن هذا الفصل مسائل تحدثت فيها دلالة السكوت بناء على العادة أو العرف. من ذلك : " حمل الأجور والأثمان على أجرة المثل، وثمن المثل ونقود البلدان، وحمل الإذن فى الأنكحة على الكفء ومهر المثل " . وكذلك إبقاء الثمرة المزهية إذا بيعت إلى أوان جزاها والتمكين من سقيها بماء بائعها. وكذلك الحمل على حرز المثل، وحمل الصناعات على صناعات المثل كالطبخ والعجن والخياطة ، والبناء، والسير المعتاد فى الأمفار، وخروج أوقات الصلوات عن الدخول فى الإجازات.

وكذلك : الاستصناع ، وتقديم الطعام إلى الضيفان، ودخول الحمامات ودور الحكام والولاية فى أوقات العادات، وكذلك دخول النور بإذن الصبيان..<sup>(٤)</sup> فمثل هذه

---

(١) انظر : د/ رمضان على السيد اشرنباصي - لسكوت ودلالته على الأحكام الشرعية - مرجع سابق - ص ٩٧، د/ على الندوي - القواعد للفقهية - مرجع سابق - ص ٦٠.

(٢) ابن نجيم - الأشباه والنظائر - مرجع سابق - ص ١٥٦، احموي - غمز عيون البصائر - مرجع سابق - ج ١ ص ٤٤٥.

(٣) انظر : ابن القيم - الطرق الحكيمة - مرجع سابق ص ١٦-١٧، السيوطي - الأشباه والنظائر - مرجع سابق ص ٩٩، السبكي - الأشباه والنظائر - مرجع سابق - ج ١ ص ٥٠.

(٤) انظر : العز بن عبد السلام - القواعد الصغرى " القوائد فى مختصر القواعد" مرجع سابق ص ١٠٣ وما بعدها.

مسائل تعتمد على العرف فيما سكت عنه ولا يشترط أن يتم بيانها بالقول حيث يقوم لعرف منها مقام النطق بالأمر المتعارف في الدلالة على الإذن أو المنع، أو الالتزام أو غير ذلك، بناء على أن التعيين بالعادة والعرف كالتعيين بالنص، وأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا وما يتعلق بذلك من قواعد ذكرناها سابقا<sup>(١)</sup>.

تجدر الإشارة إلى أن السكوت الذي يعد دليلا على الإرادة بمقتضى النص، أو العرف هو ما يعرف في القانون الوضعي " بالسكوت الموصوف " وهو الذي يعرض حين يفرض القانون التزاما بالكلام، مرتبا على ذلك جعل السكوت رضا أو رفضا وحينئذ يتعهد القانون ببيان أحكام السكوت وتنظيمها، وسمى بالسكوت الموصوف لأن المشرع وصفه ونظم أحكامه، أى حدد دلالاته في كل نص على حدة سواء أكان هذا الوصف في نص تشريعي، أم عرف أم اتفاق بين الطرفين<sup>(٢)</sup>.

فمن أمثلة السكوت الموصوف في القانون المصري " المعد قبولا " ، ما تقرره المادة ٤٢١ من التقنين المدني بشأن البيع بشرط التجربة إذ تنص على أنه : " في البيع

---

(١) راجع ما سبق في أثر العرف والعادة على التعبير دلالة.

وللتعرف على مزيد من المسائل التي تتحدد فيها دلالة السكوت بناء على العرف يراجع على سبيل المثال : ابن فرحون - تبصرة الحكام - مرجع سابق - ج ٢ ص ٥٧ وما بعدها، ابن نجيم - البحر الرائق - مرجع سابق - ج ٣ ص ١٢٢، ابن نجيم - الأشباه والنظائر - مرجع سابق ص ٩٥، السيوطي - الأشباه والنظائر - مرجع سابق - ص ٩٩ وما بعدها، الطرابلسي - معين الحكام - مرجع سابق - ص ١٦٠، ابن الوكيل - الأشباه والنظائر - مرجع سابق - ج ١ ص ١٥٦ وما بعدها، د/ أحمد فهمي أبو سنة - العرف والعادة في رأي الفقهاء - مرجع سابق - ص ١٦٩ وما بعدها، د/ رمضان على السيد الشرنباصي - السكوت ودلالاته على الأحكام الشرعية - مرجع سابق - ص ٩٦ وما بعدها، ولسيانته أيضا - أحكام عقد الزواج في الإسلام - مرجع سابق ص ١٩٠ - ص ٢١٢ وما بعدها، د/ على محسي الدين القرة داغي - مبدأ الرضا في العقود - مرجع سابق ص ١١٩٩، د/ أحمد محمد الحصري - القواعد الكلية للفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٢٤٩ وما بعدها، د/ أحمد فراج حسين - أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية - مرجع سابق ص ٢٨٨، د/ محمود عبد الله العكازي - شرح القواعد الفقهية - مرجع سابق - ص ١٨٥ وما بعدها، د/ على الندوي - القواعد الفقهية - مرجع سابق - ص ١٥٣ ص ٣٠٠-٣٠١، د/ عبد العزيز عزام - قواعد الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ٢٦٤ وما بعدها.

(٢) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - مرجع سابق - ج ٢ ص ٥٨، د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مرجع سابق - مصادر الالتزام - مرجع سابق ص ٢٢٤، د/ إسماعيل غانم في النظرية العامة للالتزام - مرجع سابق - ج ١ ص ٨٩ الالتزام ص ٨٣، د/ محمد لبيب شنب - دروس في نظرية الالتزام - مرجع سابق - ص ٨٩، د/ محسن البيه - مشكلتان متعلقتان بالقبول - مرجع سابق - ص ٥٣، د/ نزيه محمد الصادق المهدي - محاولة التوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام - ص ٢٥٥.

بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة، فإذا رفض المشتري البيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا .

فقد حدد هذا النص دلالة السكوت وجعل السكوت بمنزلة القبول باللفظ<sup>(١)</sup>.

وقد يرجح القانون دلالة الرفض ، فيجعل السكوت رفضا ومن ذلك ما قرره المادة ٢/٣١٦ من التقنين المدني المصري بشأن الحوالة إذ نصت على انه : " إذا قام المحال عليه أو المدين الأصلي بإعلان الحوالة إلى الدائن وعين له أجلا معقولا ليقرر الحوالة ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار اعتبر سكوته رفضا للحوالة " <sup>(٢)</sup>.

ومن السكوت المعد قبولا بمقتضى الاتفاق أن يبرم شخصان عقد عمل لمدة محددة ويتم الاتفاق على أن يتجدد العقد لمدة أخرى إذا لم يقر أحدهما بإخطار الآخر برغبته في إنهاء العقد وعدم تجديده قبل انقضاء مدته . فإذا انقضت مدة العقد وسكت الطرفان فإن سكوتهما يعد رضا بإبرام عقد جديد<sup>(٣)</sup>.

أى انه يجب إعمال الاتفاق في خصوص ما ورد فيه. ففي الحالات التى يحدد فيها النص، أو العرف، أو الاتفاق دلالة معينة للسكوت رفضا أو قبولا فيكون السكوت فيها معبرا على الإرادة على النحو المحدد في النص أو العرف أو الاتفاق ويكون السكوت موصوفا. وهو يقابل ما ذكرناه في الفقه الإسلامي من حالات للسكوت تحددت دلالاته بمقتضى نص، أو عرف.

---

(١) انظر : د/إسماعيل غانم - المرجع السابق - ص ٨٣، د/سمير عبد السيد تناغو - عقد البيع - مرجع سابق - ص ٨٥، د/محسن البيه - المرجع السابق - ص ٥٣، د/عبد الرزاق حسن فرج - دور السكوت في التصرفات القانونية - مرجع سابق ص ٩٤، د/نبيل إبراهيم سعد - النظرية العامة للالتزام - مرجع سابق ص ٩٨، د/ثروت فتحي إسماعيل - صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة - ص ٩٤ ومن قبيل السكوت المعد قبولا بالنص في القانون الدولي حيث يعد سكوت بعض الدول الأعضاء في معاهدات النقل بالسكك الحديدية - على التعديلات قبولا لها . انظر : د/مفيد شهاب - الآثار القانونية للسكوت في القانون الدولي العام - مرجع سابق - ص ٥٧.

(٢) انظر : د/إسماعيل غانم - المرجع السابق ص ٨٣، د/محمد إيبى شنب - المرجع السابق ص ٨٩ د/عبد الرزاق حسن فرج - دور السكوت في التصرفات القانونية - مرجع سابق - ص ٩٥، أ / على أبو المجد - أحكام النقض على موالد القانون المدني - مرجع سابق - ص ٣٧٤.

(٣) د/عبد الرزاق حسن فرج - دور السكوت في التصرفات القانونية - مرجع سابق - ص ٩٥، د/محسن البيه - المرجع السابق - ص ٥٥، د/نبيل إبراهيم سعد - المرجع السابق ص ٩٩.

## الفرع الثاني

### مسائل تحدت فيها دلالة السكوت بناء على قرينة

والمراد أن السكوت يعد دليلا على الإرادة بمقتضى القرينة، أى بناء على دلالة من حال المتكلم، والتعبير " بدلالة حال المتكلم " تعبير مجازي، إذ المقصود دلالة حال الساكت المشاهد المعنى بالأمر، وكأنه جعل سكوته بمنزلة الكلام، لذا سمي متكلماً، وذلك أيضاً أحد أنواع بيان الضرورة عند الحنفية، والذي يتم البيان فيه بما لم يوضع له وهو السكوت، ذلك دفعا للضرر والغرر عن الناس<sup>(١)</sup>.

والقرينة مأخوذة من قرن الشئ بالشئ أى شده إليه ووصله به كجمع البعيرين فى حبل واحد، وكالقرن بين الحج والعمرة، وهى تعني فى الاصطلاح " أمر يشير إلى المطلوب " أو " ما يدل على المراد من غير كونه صريحا " <sup>(٢)</sup>.

وهى بذلك لا يختلف معناها عنه فى القانون الوضعي، حيث تعرف فيه بأنها : " ما يستخلصه القاضي أو المشرع من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول " وهى تنقسم بحسب مصدرها إلى : قرائن قضائية ، وهى القرائن التى يترك أمر استنباطها للقاضي يستنبطها من ظروف القضية وملابساتها " . وقرائن قانونية وهى : " التى يقوم المشرع باستخلاصها تأسيسا على فكرة الاحتمال والترجيح أى على فكرة الراجح الغالب الوقوع " <sup>(٣)</sup>.

---

(١) انظر : البخاري - كشف الأسرار عن أصول البرزوي - مرجع سابق ج ٣ ص ١٤٧، د/بران ابو العنين بران - بيان النصوص التشريعية - مرجع سابق ص ٢٣٠، د/ عثمان محمد عثمان مناهج الأصوليين فى الدلالات وآثارها فى الأحكام الفقهية - مرجع سابق ص ٧.

(٢) الجرجاني - التعريفات - مرجع سابق ص ٢٢٣، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت الموسوعة الفقهية - مرجع سابق ج ٣٣ ص ١٥٨.

(٣) انظر فى ذلك على سبيل المثال : د/ توفيق حسن فرج - قواعد الإثبات فى المواد المدنية والتجارية مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية سنة ١٩٨٢ ص ١٢٠ وما بعدها، د/ سليمان مرقس - أصول الإثبات وإجراءاته فى المواد المدنية فى القانون المصري مقارنا بتقنيات سائر البلاد العربية - ج ٢ سنة ١٩٨٦ ص ٨٤ وما بعدها، د/ عبد الوود يحيى - الموجز فى النظرية العامة للالتزامات المصادر - الأحكام - الإثبات - دار النهضة العربية سنة ١٩٩٤ م ص ٩٣٥، د/ جلال العدوي أصول الالتزام والإثبات - منشأة المعارف سنة ١٩٩٦ ص ٢٨٠ وما بعدها، د/ نبيل إبراهيم سعد، د/ همام محمود زهران - دار الجامعة الجديدة سنة ٢٠٠١ ص ٣٤١ وما بعدها، أ/ عليا عبد الباقي على سلطان - حجية القرينة فى الفقه الإسلامى - بحث قدم إلى معهد الدراسات الإسلامية - وزارة التعليم العالي بالقاهرة سنة ١٩٩٧ لنيل درجة الماجستير فى الشريعة الإسلامية ص ٢٠.

فالقرائن عبارة عن أمارات وعلامات ترشد إلى المطلوب

والقرينة مشروعة في الجملة، دل على مشروعيتهما قوله تعالى في قصة سيد يوسف عليه السلام : " وجاءو على قميصه بدم كذب " (٢). فإخوة يوسف حين أتوا بقميصه إلى أبيهم يعقوب تأمله فلم يجد فيه خرقا ولا أثر ناب، فاستدل بذلك على كذبهم وقال لهم : متى كان الذئب حليما يأكل يوسف ولا يخرق قميصه، قال القرطبي في تفسير هذه الآية الكريمة " قال علماؤنا : لما أرادوا أن يجعلوا الدم علامة صدقهم قرن الله تعالى بهذه العلامة علامة تعارضها وهي سلامة القميص من التمزيق إذ لا يمكن افتراس الذئب ليوسف وهو لابس القميص ويسلم القميص . فاستدل الفقهاء بهذه الآية في إعمال الأمارات في مسائل كثيرة من الفقه، كما استدلوا على ذلك بآية أخرى في نفس القصة من سورة يوسف وهي قوله تعالى : " وشهد شاهد من أهلها إن كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين... الآية (٣). ففيها دليل أيضا على إعمال الأمارات والعلامات للوصول إلى المطلوب (٤).

وفي ذلك يقول الإمام ابن القيم : " فالشارع لم يلغ القرائن والأمارات ودلائل الأحوال، بل من استقرأ الشرع في مصادره وموارده وجده شاهدا لها بالاعتبار مرتباً عليها الأحكام.. وفي موضع آخر : " والحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات ودلائل الحال، ومعرفة شواهد، وفي القرائن الحالية والمقالية كفقه من جزئيات وكليات الأحكام : أضاع حقوقا كثيرة على أصحابها، وحكم بما يعلم الناس ببطلانه ، ولا يشكون فيه ، اعتمادا منه على نوع ظاهر، لم يلتفت إلى باطنه وقرائن أحواله.. (٥).

---

(١) راجع في هذا المعنى - ابن القيم - الطرق الحكمية - مرجع سابق ص ٣ وما بعدها، ابن فرحون - تبصرة الحكام - مرجع سابق ج ٢ ص ١١١، د/ عبد الكريم زيدان - الوجيز في أصول الفقه - مرجع سابق ص ٣٣٢.

(٢) سورة يوسف ، آية [١٨].

(٣) سورة يوسف، آية [٢٦].

(٤) انظر في ذلك : القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - مرجع سبق - المجلد الخامس ج ٧ ص ١٣٢، ص ١٥٢، ابن القيم - الطرق الحكمية - مرجع سابق ص ٣ وما بعدها، ابن فرحون - تبصرة الحكام - مرجع سابق ج ٢ ص ١١١، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت - الموسوعة الفقهية - مرجع سابق ج ٣٣ ص ١٨٥ ، علية عبد الباقي على سلطان - حجية القرينة في الفقه الإسلامي - مرجع سابق ص ٢٦

٥. انظر ابن القيم - الطرق الحكمية - مرجع سبق - ص ٤ - ص ١٠.

وبناء على ما تقدم رخص العلماء فى عد السكوت دليلا على الإرادة وإظهارا لها اعتمادا على القرائن ودلائل الأحوال، أى إذا كانت هناك دلالة من حال المتكلم أو عذمة ترجح دلالة السكوت، وذلك فى كل موضع تمس الحاجة فيه إلى ذلك رفعا للضرر والغرر عن الناس ولذلك شواهد كثيرة فى الفقه الإسلامى فى أبوابه المختلفة نذكر منها ما يلي على سبيل التمثيل والتوضيح:-

فمن المسائل التى يعد السكوت فيها دليلا على الإرادة اعتمادا على القرائن دفعا للضرر والغرر، سكوت الشفيع عن المطالبة بحقه فى الشفعة مع علمه وتمكنه من القيام بذلك. إذ يعتبر ذلك دليلا على إسقاط حقه فى الشفعة لضرورة دفع الغرر عن المشتري إذ انه قد يحتاج إلى التصرف فى الشئ المشتري، فإذا لم يجعل سكوت الشفيع عن طلب الشفعة إسقاطا لحقه فى طلبها فإما أن يمنع المشتري من التصرف، أو ينقض الشفيع عليه تصرفه إذا تصرف، فلدفع هذا الضرر عن المشتري جعل سكوت الشفيع كالتنصيص منه على إسقاط الشفعة، ودليل على إرضاه عنها وعدم رغبته فيها. فإذا كان السكوت فى أصله غير موضوع للبيان بل هو ضده ولأن الشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل عن الشفيع، فإذا سكت فقد رضى بالتزام الضرر على نفسه<sup>(١)</sup>.

ومن المعلوم أن الطلب فى الشفعة ثلاثة : طلب مواثبة أى المبادرة أى طلبها وقت علمه — الشفيع — بالبيع حتى لو سكت عن الطلب بعد البيع وقبل العلم به لم تبطل شفيعته، وهذا الطلب لإفادة أن الشفيع غير معرض عن الشفعة وطلب تقرير أى ينهض بعد ذلك ويشهد على البائع إن كان المبيع فى يده، أو على المشتري أو عند العقار على ما فيه من تفصيل — وطلب خصومة، فبعد أن يطلب الشفيع الشفعة طلب التقرير ويشهد عليه — كما يرى بعض الفقهاء — يثبت الحق ويتقرر فإن سلم المشتري بذلك وسلم العقار إلى الشفيع تمت الشفعة، وإن عارض المشتري فى ذلك احتاج الأمر إلى قضاء القاضى<sup>(٢)</sup>.

---

(١) انظر : البخاري — كشف الأسرار عن أصول البيهقي — مرجع سابق جـ ٣ ص ١٥٢، ابن أمير الحاج — التقرير والتحبير — مرجع سابق — جـ ١ ص ١٠٤، د/ بدران أبو العينين بدران — بيان النصوص التشريعية — مرجع سابق — ص ٢٢٧، د/ عثمان محمد عثمان — مناهج الأصوليين فى الدلالات — مرجع سابق ص ٨.

(٢) للمزيد من التفاصيل فى ذلك يراجع : الكاساني — بذائع الصنائع — مرجع سابق — جـ ٥ ص ٢٤، الدسوقي — حاشية الدسوقي — مرجع سابق جـ ٣ ص ٤٨٥، ابن قدامة — المغنى — مرجع سابق — =

وعلى أي حال، فإنه إذا لم يتقدم الشفيع بطلب حقه في الشفعة على نحو ما أشونا وسكت فإن سكوته يعد إسقاطا للشفعة دفعا للضرر عن المشتري.

ويلاحظ أن دلالة السكوت هنا مستفادة من غير فعل من الشفيع وبذلك فهي تختلف عن إسقاط الشفعة " بالدلالة الفعلية " التي بينها سابقا <sup>(١)</sup>، وذلك بأن يتخذ الشفيع فعلا يفهم منه عدم رغبته في المبيع كأن يوكله المشتري أو البائع في العقد أو غير ذلك من الأفعال التي لا يصح معها أن يطالب بالشفعة إعمالا لقاعدة : " من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه " . فلو كان الشفيع وكلا في بيع دار هو شفيعها لم يكن له — بعد بيعها — أن يطالب بالشفعة في هذه الدار لنفسه لأنه بطلبه الشفعة يسعى في نقض ما تم من جهته فلا يقبل <sup>(٢)</sup>. فدلالة الإعراض عن الشفعة هنا دل عليها فعل الشفيع وليس مجرد السكوت عن المطالبة عند علمه بها.

ومنها أيضا : سكوت المولى حيث يرى عبده يبيع ويشترى، ولا ينهاء عن ذلك فإن هذا السكوت يجعل إننا للعبد في التجارة لضرورة دفع الضرر عن يعامله من الناس، ذلك لأنه لو لم يجعل السكوت إننا لأفضى إلى ضرر الناس لأنهم يستدلون بسكوت المولى على إنه له بالتجارة فيعاملون العبد لذلك فإن سكوته يعد إننا للعبد في التجارة في كل عقد يباشره بعد هذا السكوت، لا في العقد الذي وقعه السكوت فيه <sup>(٣)</sup>.

---

== ج ٦ ص ٨ ، لين جزى — القوانين الفقهية — مرجع سابق ص ١٨٩ ، د/ أحمد أبو الفتح — كتاب المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية — مرجع سابق ص ٩٤ وما بعدها، د/ أحمد إبراهيم بك — كتاب المعاملات الشرعية — مرجع سابق ص ٥٢ وما بعدها، د/ محمد مصطفى شلبي — نظام المعاملات في الفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ١٩١ وما بعدها.

(١) راجع ما سبق في صور التعبير دلالة.

(٢) ومعنى قاعدة : " من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه " أن من يفعل فعلا أو يتصرف تصرفا، فإن عليه أن يتحمل ما يتولد عنه من نتائج ومسئوليات فمن يعقد عقدا يجب عليه الوفاء به، ولا يحق له أن يتمتع عن الوفاء به ومن فروعا ما ذكرناه في الشفعة، ومنها : لو تعيب المبيع في يده لم يكن له أن يطالب برده لأنه تعيب بسبب يعود إليه ويدخل في ضمانه، انظر في ذلك : د/ أحمد أبو الفتح — كتاب المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية — مرجع سابق ص ٢١٢ ، د/ أحمد محمد الحصري — القواعد الكلية للفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ٣١٧ ، د/ محمد سراج — نظرية العقد في الفقه الإسلامي — مرجع سابق ص ٢٢٢.

(٣) مسألة سكوت المولى عند رؤيته عبده يبيع أو يشتري أمامه محل خلاف بين الفقهاء، إذ يعتبر إننا عند الحنفية، ويخالف في ذلك الشافعية . راجع في ذلك : الزنجاني — تخرىج الفروع على الأصول — مرجع سابق ص ٢٤٢ — ٢٤٣ ، السرخسي — المبسوط — مرجع سابق ج ٣ ص ١٤٠ ، ابن نجيم — الأشباه والنظائر — مرجع سابق ص ١٥٥ ، ابن نجيم أيضا : البحر الرائق — مرجع سابق ج ٣ ص ١٢٢ ، ==

ومنها أيضا: سكوت الزوج عن ولادة المرأة وتهنئته بعد إقراره منه بنسب المولود فلا يملك نفيه . إذ كان يجوز له نفيه قبل وضعه ومنذ علمه بحملها به، أما سكوته حتى وضعته وقبل التهنئة فذلك دليل على إقراره بنسبه وينزل منزلة نطقه دفعا للضرر عن الزوجة وعن المولود أيضا بل إن بعض الفقهاء يذهبون إلى وجوب حده إن نفاه بعد ذلك<sup>(١)</sup>.

ومنها : السكوت قبل البيع عند الأخبار بالعيب رضا بالعيب إن كان المخبر عدلا لا لو كان فاسقا عند أبي حنيفة وعندهما - محمد وأبي يوسف - هو رضا ولو كان فاسقا. ذلك أن من مسقطات القيام بالعيب أن يسكت المشتري بعد إطلاعه على العيب بنفسه أو بإخبار الغير بذلك<sup>(٢)</sup>.

ومنها : سكوت المالك عند بيع الفضولي حتى قبضه المشتري يعتبر إجازة لبيع الفضولي دفعا للضرر والغرر عن المشتري<sup>(٣)</sup>.

== البخاري - كشف الأسرار عن أصول البزدي - مرجع سابق ج ٣ ص ١٥١، ابن أمير الحاج للتقرير والتحرير - مرجع سابق - ج ١ ص ١٠٤، الحموي - غمر عيون البصائر - مرجع سابق ج ١ ص ٤٤١، الطرابلسي - معين الحكام - مرجع سابق - ص ١٦٠، ابن قدامة - المغنى - مرجع سابق - ج ٤ ص ٢٢٤، د/ بدران أبو العنين بدران - بيان النصوص التشريعية - مرجع سابق ص ٢٣٦، محمد بعد الرحمن المحلاوي - تسهيل الوصول إلى علم الأصول - مرجع سابق ص ١٢٨.

ويلحق بتلك المسألة مسألة من يرى محجورة يتعامل مع الناس تعاملًا لا يتعلق بالحاجة المعتادة كالخبز واللحم - فلم يمنعه من هذا التصرف فإنه يعد إنا منه في التصرف - على الراجح - ويتحمل نتائجه كي لا يصيب الناس من ذلك ضرر لو لم يعد كذلك فالسكوت هنا يعد بيانا بدلالة حال الساكت لضرورة دفع الضرر والغرر ممن يتعامل معه من الناس. انظر في ذلك : د/ عثمان محمد عثمان مناهج الأصوليين في الدلالات - مرجع سابق ص ٧.

(١) انظر في ذلك : ابن عبد الرقيق - معين الحكام - مرجع سابق - ص ٣٣٦، ابن جزي - القوانين الفقهية - مرجع سابق ص ١٦١، ابن نجيم - البحر الرائق - مرجع سابق ج ٣ ص ١٢٢، ابن نجيم - الأئباه والنظائر - مرجع سابق - ص ١٥٥، الحموي - غمر عيون البصائر - مرجع سابق ج ١ ص ٤٤٢، والنسب لغة : القرابة واصطلاحا : هو حالة حكمية إضافية بين شخص وآخر من حيث أن الشخص انفصل عن رحم امرأة هي في عصمة زوج شرعي<sup>١</sup>.

انظر : د/ علي محمد يوسف المحمدي - أحكام النسب وطرق إثباته ونفيه في الشريعة الإسلامية رسالة دكتوراه - كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر بالقاهرة سنة ١٩٨٦ ص ٢.

(٢) الطرابلسي - معين الحكام - مرجع سابق ص ١٦٠، ابن جزي - القوانين الفقهية - مرجع سابق ص ١٧٦، ابن نجيم - الأئباه والنظائر - مرجع سابق ص ١٥٥، الحموي - غمر عيون البصائر - مرجع سابق - ج ١ ص ٤٤٢.

(٣) سبق أن بينا مسألة بيع الفضولي في موضع سابق لكن السكوت هنا استمر حتى تمام القبض وبالتالي يكون رضا وإجازة للبيع.



ومنها : القراءة على الشيخ وهو ساكت فهذا السكوت ينزل منزلة النطق<sup>(١)</sup>.

ومنها : لو نقض بعض أهل الذمة، ولم ينكر الباؤون بقول ولا بفعل بل سكتوا انتقض فيهم أيضا<sup>(٢)</sup>. ويلاحظ أن هذا بناء على رأى الشافعية استنادا إلى أن السكوت هنا أقيم مقام الرضا بما فعله الباؤون دفعا لضررهم جميعا عن الدولة الإسلامية.

ومن ذلك أيضا : سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة مع علمه — بدون عذر — بزواج المرأة الحاضنة — والده المحضون — من أجنبي فهذا السكوت يعد إسقاطا لحقه في الحضانة. فإن لم يعلم بالدخول أو علم ولم يمضى بعد العلم عام أو مضى عام وكان سكوته لعذر يمنعه من التكلم — ومنه جهله باستحقاقه الحضانة بدخول الزوج بها — فله أخذ المحضون من الأم المدخول بها ما لم تتأيم — بطلاق أو وفاة الزوج — قبل القيام عليها أو إلا أن يكون الزوج الذى دخل بها محرما للمحضون وله الحضانة كالعالم.. فلا تسقط حضانتها<sup>(٣)</sup>.

ومنها : السكوت من المحاز عليه — المالك الحقيقي للمال محل الحيابة — الحاضر بلا عذر أو مانع ، هذا السكوت يعد مانعا من سماع الدعوى — على الحائز ولا يلزمه إثبات الملك بل الحيابة تكفيه، وفي ذلك يقول ابن فرحون : " أن مالكا وأصحابه — رحمهم الله — منعوا سماع الدعوى التى لا تشبه الصدق عرفا بل العرف يكذبها كدعوى رجل لدار بيد حائز يتصرف بالهدم والعمارة مدة طويلة نحو عشر سنين المدعى مشاهد ساكت ولا ثم مانع من خوف ولا قرابة ولا صهر فإن ذلك قرينة دالة

---

(١) السيوطي — الأشباه والنظائر — مرجع سابق ص ١٥٨، ابن نجيم — الأشباه والنظائر — مرجع سابق ص ١٥٦، الزركشي — المنثور فى القواعد — مرجع سابق — ج ٢ ص ٢٠٧.

(٢) السيوطي — الأشباه والنظائر — مرجع سابق ص ١٥٨، الزركشي — المنثور فى القواعد — مرجع سابق ج ٢ ص ٢٠٦، الإسنوي — التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول — مرجع سابق ص ٤٤٤.

وأهل الذمة هم المعاهدون من غير المسلمين الذين يقيمون فى بلاد الإسلام إقامة دائمة بناء على عقد الذمة وهو إقرار بعض الكفار على كفرهم بشرط بذل الجزية والتزام أحكام الإسلام، ويفيد السماح لهم بالإقامة الدائمة فى الدول الإسلامية، وحماية أنفسهم وأموالهم مقابل دفع الجزية " راجع فى عقد الذمة ولمن يعقد من غير المسلمين وبم ينتقص ، د/ عبد الكريم زيدان — أحكام النمين والمستأمنين فى دار الإسلام — مؤسسة الرسالة — الطبعة الثانية سنة ١٩٨٨م ص ٢٠، ص ٣٦، رمزي محمد على دراز — فكرة تنازع القوانين فى الفقه الإسلامى — بحث قدم إلى كلية الحقوق جامعة الإسكندرية سنة ١٩٩٩ لنيل درجة الماجستير فى الحقوق — ص ١٧٦ وما بعدها.

(٣) انظر : الدسوقي — حاشية الدسوقي — مرجع سابق ج ٢ ص ٥٣٠، الدردير — الشرح الصغير — مرجع سابق — ج ٢ ص ١٨١.

على كذب الدعوى" <sup>(١)</sup>. وذلك دفعا للضرر عن الحائز ومن ثم اعتبر سكوته — المحاز عليه — إسقاطا لحقه فى سماع دعوى الملك.

ويلاحظ أن الذى يسقط هنا هو سماع الدعوى فقط، أما الحق فلا يسقط — ذيانة أبدا — بمضى الزمان فى الشريعة الإسلامية <sup>(٢)</sup>.

وبعد، فهذه بعض المسائل التى تحددت فيها دلالة معينة للسكوت بمقتضى الحاجة بدلالة الحال أى الدلالة الحالية أو دلالة حال الساكت الذى كان يتعين عليه أن يتخلى عن موقفه السلبي ويعبر عن إرادته بقول أو فعل، ومن ثم جعل سكوته بمنزلة نطقه طالما لم يمنعه مانع من ذلك. دفعا للضرر والغرر فى العلاقات المالية والشخصية، وما عرضناه من مسائل هو على سبيل التمثيل والتوضيح فقط، وليس كل ما يندرج فى الموضوع إذ يقاس على هذه المسائل كل حالة تقتضى الحاجة عد السكوت دليلا على الإرادة حيالها متى وجدت قرينة تؤيد ذلك وترجحه <sup>(٣)</sup>.

---

(١) ابن فرحون — تبصرة الحكام — مرجع سابق — ج ٢ ص ١١٩، الشيخ عlish — فتح العلي المالك — مرجع سابق ج ٢ ص ٣١٨..

والحيزة هى " سيطرة الشخص بنفسه أو بواسطة غيره على شئ مادي ظاهرا عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني أو شخصي، ويباشر عليه الأعمال التى يباشرها عادة صاحب الحق " . وقد اختلف الفقهاء فى مدة الحيزة، هل عشر سنين أو خمس عشرة سنة أو أكثر أو أقل. ومهما يكن من أمر هذا الخلاف فإن المحاز عليه لو سكت حتى مضت مدة الحيزة والحائز يمارس أو يباشر على المال المحوز سلطات المالك ويظهر بهذه الصفة فإن السكوت فى هذه الحالة يعد إسقاطا لحقه فى رفع دعوى الحيزة. راجع فى تفصيل ذلك : د/ حمدي عبد العزيز محمد خفاجي — الحيزة وأثرها فى القانون المدني المصري والفقهاء الإسلامى — بحث قدم إلى كلية الحقوق — جامعة المنصورة لنيل درجة دكتوراه فى الحقوق سنة ٢٠٠١ صفحات ٣٠ - ٦٣ - ١٤٧ - ١٦٩ - ١٩٣..

(٢) راجع فى ذلك : د/ حامد زكي — التقادم فى القانون ومضى المدة المانع من سماع للدعوى فى الشريعة الإسلامية — منشور بمجلة القانون والاقتصاد — س ٤ ع ١ سنة ١٩٣٤ ص ٨٨، مستشار على زكي العربى — طبعية التقادم فى الشريعة والقانون — منشور بمجلة القانون والاقتصاد س ٣ ع ١ سنة ١٩٣٣ ص ٨٦٨، أ / عزيز خانكي — الوقف والحكر والتقادم شرعا وقانونا — منشور بمجلة القانون والاقتصاد س ٦ ع ٧ سنة ١٩٣٧ ص ٧٨٢ وما بعدها، د/ محمد على عمران — وقف التقادم وانقطاعه — منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية — كلية الحقوق جامعة عين شمس يوليو سنة ١٩٧٢ ص ٣٠٧ وما بعدها.

(٣) لتتعرف على المزيد من هذه المسائل يراجع : ابن نجيم — البحر الرائق — مرجع سابق — ج ٣ ص ١٢٢، ابن نجيم — الأشباه والنظائر — مرجع سابق ص ١٥٤ وما بعدها، السيوطي — الأشباه والنظائر — مرجع سابق ص ١٥٨، الحموي — غمز عيون البصائر — مرجع سابق — ج ١ ص ٤٣٩ وما بعدها، الإسنوي — التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول — مرجع سابق ص ٤٤٢ وما بعدها، =

وهذا النوع من السكوت يعرف في القانون الوضعي بالسكوت الملابس أى السكوت الذى لا يستتبع ظروف وقرائن تخلع عليه دلالة على إرادة معينة. وحالات السكوت الملابس كثيرة ومتباينة، وليست محددة، ومن ثم فإن استخلاص القبول من هذه الظروف يعتبر مسألة موضوعية يفصل فيها قاضي الموضوع من غير رقابة فى ذلك عليه من محكمة النقض. وقد حاول المشرع تسهيل مهمة قاضي الموضوع فى هذا الخصوص فوضع له معياراً، وقدم له أمثلة للظروف التى يمكن أن يستخلص منها القبول، فقد نص المشرع المصري فى التقنين المدني الحالي على الحالات التى يعتبر فيها السكوت ملابساً ويعد قبولاً أو أساساً لافتراض القبول فى المادة ٩٨ منه. وذلك إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول.. ويعتبر السكوت قبولاً إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذ تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه (١).

---

==الزركشي - المنشور فى القواعد - مرجع سابق جـ ٢ ص ٢٠٥ وما بعدها، الطرابلسي - معين الحكام - مرجع سابق ص ١٦٠ وما بعدها، ابن عبد الرقيق - معين الحكام على القضايا والأحكام - مرجع سابق ص ٣٣٦ وما بعدها وشرح المادة (٦٢) من مجلة الأحكام العدلية .

(١) راجع فى ذلك على سبيل المثال: د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط فى شرح القانون المدني الجديد - مرجع سابق - ص ٢٢٢ وما بعدها، د/ عبد المجيد الحكيم - الوسيط فى نظرية العقد - مرجع سابق جـ ١ ص ١٥١، د/ عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد والإرادة المنفردة - مرجع سابق ص ١٠٢ د/ عبد الهادي العطافي - صور من طرق التعبير عن الإرادة فى القانون الإنجليزى والتقنين المدني السودانى - مرجع سابق ص ٩٣، د/ نزيه محمد الصادق المهدي - محاولة التوفيق بين المذهبين الشخصى والموضوعى فى الالتزام - مرجع سابق ص ٢٥٦ وما بعدها، د/ ثروت فتحى إسماعيل صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة - مرجع سابق ص ٩٥ وما بعدها، د/ أحمد حسن البرعى نظرية الالتزام فى القانون المغربى - مرجع سابق - ص ٥٥، د/ محمد لبيب شنب - المرجع السابق ص ٩١، د/ إسماعيل غانم فى النظرية العامة للالتزام - مرجع سابق ص ٨٤، د/ عبد الرزاق حسن فرج - دور السكوت فى التصرفات القانونية - مرجع سابق - ص ٩٩ وما بعدها، د/ سمير عبد السيد تناغو - مصادر الالتزام - مرجع سابق - ص ٤٠، د/ محسن اليه - المرجع السابق - ص ٦٨ وما بعدها، د/ مصطفى الجمال - القانون المدني فى توبه الإسلامى - مرجع سابق ص ٦٧ وما بعدها ولسيادته أيضاً - السعي إلى التعاقد فى القانون المقارن - مرجع سابق ص ٦١ وما بعدها، د/ نبيل إبراهيم سعد - النظرية العامة للالتزام - مرجع سابق - ص ٩٩ وما بعدها.

\* وبعد أن انتهينا من بيان حكم السكوت بمعنى الأثر المترتب عليه من خلال القاعدة الفقهية الشهيرة " لا ينسب إلى ساكت قول ، ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان" والتي تتضمن الأصل من دلالة السكوت، والاستثناء عليه، فإن ثمة سؤال يطرح فى هذا المقام كنا قد نوهنا عنه فى الفصل التمهيدي لهذا البحث، هذا السؤال هو، هل تعد هذه القاعدة – التى ارتكزت عليها الدراسة – دليلا شرعيا يستند إليه فى استنباط الأحكام المتعلقة بالسكوت.

سبق أن علمنا أن العلماء قد قسموا القواعد الفقهية – بحسب مصدرها – إلى نوعين – الأول : القواعد التى تستند إلى نص من القرآن الكريم أو السنة، وهذه لا خلاف على عدها دليلا شرعيا يصلح لاستنباط الأحكام الشرعية منه.

الثاني – القواعد التى لا تستند إلى نص شرعي وهذه محل خلاف بين الفقهاء حول مدى عدها دليلا شرعيا.

وبالنظر إلى القاعدة محل الدراسة ومن خلال دراستنا لشقيها يتبين لنا أنها تعد من قبيل النوع الأول من القواعد أى التى تصلح لأن تكون دليلا تستنبط منه الأحكام الشرعية.

وذلك لأنها تستند فى شقيها إلى نصوص من القرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع الفقهاء . فقد رأينا أن شقها الأول – لا ينسب إلى ساكت قول – يستند إلى عموم النصوص التى تحرم أكل أموال الناس بالباطل، وإلى إجماع الفقهاء على ذلك. كما يستند شقها الثاني " ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " إلى النصوص التى تدعو إلى التيسير على المكلفين ورفع الحرج والمشقة عنهم.

ومن ثم ، فإن هذه القاعدة تصلح دليلا شرعيا على ما تفيد من أحكام متعلقة بها سواء أكان فى مجال المعاملات المالية من جهة جواز التصرفات أو بطلانها فى حالة السكوت، ومن ثم جواز انتقال الأحوال أو الانتفاع بها بناء على هذا السكوت من عدمه، أم بالنسبة للمعاملات الخاصة التى تتدرج تحت حكمها، متى توافرت فى المسألة – محل البحث – عن حكمها – ما تتطلبه القاعدة، فلو أن حالة سكوت توافر

ففيها الوصف المقصود في الشق الأول فلا اعتبار لهذا السكوت، لكونه سكوتا مجردا، وهو - كما ذكرنا - لا يصلح دليلا على الإرادة.

أما إذا كانت تلك الحالة يتوافر لها ما يتطلبه الشق الثاني من جهة كون السكوت حيالها في موضع الحاجة إلى البيان ووجد الدليل من نص أو عرف أو دلالة حال قبلين السكوت في تلك الحالة يكون دليلا على الإرادة بحسبها - أي رضا أو رفضا أو إنف أو إجازة - والله أعلم.

## الغاية

اتضح لنا من خلال استعراضنا لموضوع الدراسة : " السكوت وأثره على الأحكام في الفقه الإسلامي " ما يلي :

\* أن القاعدة التي يركز عليها البحث وهي قاعدة " لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان " من قبيل القواعد الفقهية الكلية - رغم شبهها بالقواعد الأصولية في بعض خصائصها - حيث يندرج تحتها فروع فقهية كثيرة ينطبق عليها حكمها طالما توافر بها المعنى الذي تشملته القاعدة، كما يخرج بعض جزئياتها عن حكمها، ولا يعد ذلك قادحاً في كليتها، لما علمنا أن الاستثناء من القاعدة الفقهية لا يتعارض مع كونها كلية عامة، ولا ينقص من قيمتها العلمية لأن ما يستثنى من هذه القاعدة من فروع يندرج تحت الاستثناءات التي تضمنها الشق الثاني من القاعدة ذاتها. وأن هذه القاعدة تعد من قبيل القواعد التي تصلح لأن تكون دليلاً تستنبط منه الأحكام الشرعية، وذلك لأنها تستند في شقيها إلى نصوص من القرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع الفقهاء، ومن ثم فهي تصلح دليلاً شرعياً على ما يفيد من أحكام متعلقة بها.

\* من خلال تحليلنا لمناهج الفقهاء في تعريفهم للسكوت والتعليق عليها وجدت أن التعريف المناسب للسكوت في موضوع دراستنا هو " موقف سلبي لا يدل على الإرادة إلا عند الحاجة بدليل " . لأن هذا التعريف يشتمل على عناصر السكوت وأنواعه، لأننا علمنا أن السكوت ينقسم بحسب دلالاته على الإرادة إلى سكوت مجرد - بسيط - لا دلالة له على الإرادة، وسكوت معبر عن الإرادة استثناء. كما ينقسم من حيث مصدره إلى : سكوت صادر من المخاطب وإلى سكوت صادر من المشرع، وهو ما يعرف بالسكوت التشريعي. ولأن هذا الأخير يختلف عن الأول - الصادر من المخاطب - من حيث مصدره ومجاله لذلك تكلمنا عنه إجمالاً في بداية البحث حتى نتفرغ فيما بعد ذلك إلى الكلام عن المصادر من المخاطب. كما ظهر لنا أن التعريف الاصطلاحي للسكوت لا يخرج عن إطلاقاته التي ورد بها في القرآن الكريم والسنة النبوية.

\* في إطار التمييز بين السكوت وما يشبهه به من وسائل للتعبير عن الإرادة وجدنا أن التعبير بالسكوت يتميز من وسائل التعبير الصريحة كالكتابة، والإشارة، من

حيث كونه موقفاً سلبياً بحثاً لا يقتزن به أي فعل من الأفعال ترجح دلالة السكوت على وجهة معينة للإرادة.

وفى إطار التمييز بينه وبين وسائل التعبير غير الصريحة كالمعاطاة والدلالة الفعلية، رأينا أن المعاطاة تعد وسيلة خاصة من وسائل التعبير عن الإرادة بطريق الدلالة الفعلية من جهة أنها وسيلة خاصة ببعض أوجه التعبير عن الإرادة بحيث لا تستوعبها كافة، فقد علمنا أنها لا تصلح مطلقاً للتعبير عن الرضا فى عقد الزواج، وذلك باتفاق الفقهاء. ومن جهة أخرى فإن مقتضى المعاطاة أن يتم البذل والإعطاء من المتعاقدين أو من أحدهما لذلك يخرج من إطار المعاطاة ما عدا ذلك من وجوه التعبير عن الإرادة مما لا يتضمن الأخذ والإعطاء، كالإعلان عن وظيفة أو الوعد بالبيع والشراء أو الوعد بجائزة، وغير ذلك من وجوه التعبير عن الإرادة التى تأبى بطبيعتها أن يعبر عن الرضا بشأنها بدلالة المعاطاة. فهذا الطابع الخاص للتعبير عن الإرادة بالمعاطاة أفردها بمبحث مستقل خاص بها ولم أدرجها ضمن وسائل التعبير الصريح مع الكتابة، والإشارة، كما لم أدرجها ضمن وسائل التعبير دلالة.

وفى إطار التعبير بالدلالة الفعلية رأينا أنه يمكن التعبير عن الإرادة بها وهى ما تعرف فى القانون الوضعي وفقهه " بالتعبير الضمني " . أى من خلال فعل من الأفعال. إلا أن الاعتماد على الدلالة الفعلية مقيد بعدم معارضتها بالصريح من الأقوال، ففى صور التعبير دلالة يلاحظ انه لو صدر من الشخص تصريح يعارض ما دل عليه فعله فإنه لا عبرة بالدلالة فى هذه الحالة، وذلك إعمالاً للقاعدة الفقهية التى تقرّر انه " لا عبرة للدلالة فى مقابلة التصريح " أى إن ما يدل على الرضا أو الرفض من خلال فعل من الأفعال لا يعتد به إذا عارضه ما هو أقوى منه وهو التصريح ، فإذا تعارض التصريح والدلالة كان العمل بالتصريح ولا عبرة بالدلالة. لأنها تونه فى الإفادة وهو أقوى منها فلا تعتبر فى مقابله، وقد أوردنا لذلك تطبيقات تؤيد ما ذكرنا.

ويختلف التعبير عن الإرادة بالدلالة عن التعبير بالسكوت اختلافاً جوهرياً من حيث إن التعبير بالسكوت يتم من خلال نص، أو قرينة، أو ظروف ملابسة، أما فى التعبير دلالة فليس هناك كلام أيضاً، إلا أن الساكت يأتي بفعل من شأنه الدلالة على إرادته، فمع وجود السكوت فى الحالىن فإنه فى التعبير بالسكوت سكوت خالص لا

يقارنه فعل، أما في التعبير دلالة، فإن السكوت لا يكون مطلقاً إنما هو سكوت عن القول فقط، مع الإتيان بفعل يستل به على الإرادة. كما يختلف التعبير بالسكوت عن غيره من الوسائل غير الصريحة عموماً، من جهة أخرى، وهي أن السكوت لا يمكن التعبير به عن الإرادة في جانب الإيجاب مطلقاً، هذا بخلاف الوسائل الأخرى غير السكوت التي يمكن التعبير بها عن الإيجاب، وعن القبول كذلك.

وقد وجدت أن التعبير عن الإرادة بالدلالة يعتمد في نظر الفقهاء على العرف والعادة مستثنين في ذلك على قاعدة " العادة محكمة " وما تسند إليه وما يندرج تحتها ويتفرع عنها من قواعد ذكرناها في حينها.

\* وفي إطار بيان حكم السكوت بمعنى وصفه الشرعي تبين لنا أن السكوت بوصفه فعلاً من أفعال المكلف مباح في الأصل إلا أنه قد يكون مندوباً إليه ، حيث يكون عن مكروه من قول، أو فعل ، وقد يكون مكروهاً إذا كان عن أمر مندوب من قول أو فعل، كالسكوت عن النهي عن المنكرات المندوبة، أو السكوت عما يوجب مبدءاً حسن النية في العقود والتصرفات من التزامات مثل الالتزام بالتبصير والتحذير والنصيحة على المتعاقدين.

وقد يكون السكوت مجرمًا، إذا كان سكوتاً عن أمر واجب، وذلك في كل حالة يرد فيها النص بوجوب الكلام أو اتخاذ موقف إيجابي بحيث لا يحل للمسلم حينئذ أن يظل ملتزماً للصمت إزاء الأمر المسكوت عنه. كالسكوت عن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الواجب، والسكوت عن الشهادة الواجبة، والسكوت المتمثل في كتمان العلم وعدم تبينه للناس مع حاجتهم إليه ، والسكوت عن التدليس الذي يتم بكتمان عيب سلعة أوجب الشرع بيانه. ومنه كتمان المرأة لما في رحمها، والسكوت عن البوح به وإظهاره. وقد يكون السكوت واجباً إذا كان سكوتاً عن محرم من قول أو فعل كالسكوت عن الكذب المحرم وعن الغيبة والنميمة، والسكوت عن السؤال عما لا يعني، والسكوت عن إفشاء الأسرار وخاصة ما بين الزوجين، وكذلك السكوت عن الخداع والغش بالقول في المعاملات ، وفي العقود عامة، سواء أكان من المتعاقدين ، أو من غيرهما، مما يعرف بالنجش.



\* وفى إطار بيان حكم السكوت بمعنى الأثر المترتب عليه وجدنا أن الأصل فى ذلك أن السكوت لا دلالة له على الإرادة وليس من وسائل التعبير عنها وهو ما عبر عنه الفقهاء بقولهم " لا ينسب إلى ساكت قول " ولقد علمنا أن السكوت المراد هنا هو السكوت المجرد عن الفعل أو ما يرجح دلالاته على الإرادة وهذا المبدأ يستند إلى عموم نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة التى تحرم أكل أموال الناس بالباطل، وتوجب أن يكون ذلك على وفق إرادة المشرع الحكيم، وقد أوردنا بعض المسائل الفقهية التى تدل على هذا المبدأ مثل السكوت عند بيع الفضولي، وسكوت الثيب فى عقد الزواج، وسكوت زوجة العنين، ولقد انتهينا إلى أن السكوت المجرد المقصود فى الشق الأول من القاعدة لا دلالة على الإرادة مطلقاً، فلا يعد إيجاباً، ولا قبولاً، ولا إنشأً، ولا إجازة ، ولا غير ذلك من صور التعبير عن الإرادة.

وقد رأينا أن الفقه الإسلامى لم يلتزم مبدأ عدم الاعتداد بالسكوت على إطلاقه وإنما خرج عليه فى مسائل جعل للسكوت فيها دلالة استثنائية على الإرادة، وذلك عند الحاجة إلى عده كذلك، بشرط أن يوجد دليل من نص، أو قرينة أى دلالة حال، وهذه الاستثناءات تضمنها الشق الثانى من القاعدة محل الدراسة " ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " .

وقد رأيت فى هذا الصدد أن السكوت المعبر عن الإرادة استثناء لا يكون دليلاً على الإرادة فى مجال إنشاء العقود وتكوينها وأقصد بالعقود هنا العقود بمعناها الخالص أى التى لا بد لانعقادها من صيغة مشتملة على إيجاب وقبول من المتعاقدين فلا يمكن عد السكوت دليلاً على الإيجاب مطلقاً وهذا لا خلاف عليه . ولكن كان الخلاف بصدد مدى صلاحية السكوت لأن يكون دليلاً على القبول المنشئ للعقد.

وقد بدا لى أن السكوت لا يمكن أن يكون معبراً عن القبول بهذا الوصف، مخالفًا بذلك ما عليه أغلب الفقه المعاصر، كل ما هنالك أنه يجوز أن يكون السكوت دليلاً على رضا بشئ ، أو رفضاً لشئ ، أو إنشأً فى شئ ، أو إسقاطاً لحق، أو إبراء ، إلا أنه لا يكون دليلاً على القبول الذى يعد أحد شطري صيغة العقد.

وقد رأيت أن معيار السكوت المعبر عن الإرادة فى الفقه الإسلامى هو معيار الحاجة، وهو معيار منصوص عليه فى القاعدة محل الدراسة، لأن الفقهاء قيدوا السكوت

المعبر عن الإرادة بضرورة كونه في معرض الحاجة إلى البيان، ولما كانت دلالة هذا السكوت عند الحاجة استثناء على الأصل وجب أن يكون ذلك بمقتضى دليل من نص أو عرف ، أو قرينة ، أى دلالة حال.

قد لاحظت من خلال هذه الدراسة انه لا قارق كبير بين ما تقرر فى الفقه الإسلامى وبين ما أخذ به القانون الوضعى فى هذا المجال بل إن موقف القانون الوضعى مستمد من الفقه الإسلامى. لذلك خلت للدراسة كثيرا من المقارنة أو لم تكن المقارنة محل اهتمامى فى هذه الدراسة نظرا لهذا الاتفاق ، إنما اكتفيت بالإشارة إلى موقف القانون الوضعى - الذى لا يختلف كثيرا عن ما تقرر فى الفقه الإسلامى وذلك إتماما للفائدة.

\* وفى النهاية أوصى بالاهتمام بدراسة القواعد الفقهية وشروحها وتبيين آثارها الفقهية المترتبة عليها وذلك بدراسات فقهية معاصرة متخصصة نظرا لما لهذه القواعد من أهمية بالغة وقيمة علمية كبيرة فى مجال التعرف على الأحكام الفقهية إذ أنها تحقق ذلك بسهولة ويسر فهى تضبط المسائل المنتشرة المتعددة وتنظمها تحت أصول ومبادئ فقهية على نحو ييسر التعرف على أحكامها بإدراك الروابط بين الجزئيات المتفرقة .

كما أن القواعد الفقهية تمكن من تخريج الفروع تخريجا سليما واستنباط الحلول للوقائع الجزئية المتجددة عبر العصور والأجيال. بالإضافة إلى أنها تسهل المقارنة بين المذاهب كما تفيد فى المقارنة بين الفقه الإسلامى والقوانين الوضعية، كما تفيد فى تسهيل مهمة القائمين على تقنين الشريعة الإسلامية إذا وضعوا هذه القواعد الفقهية نصب أعينهم وجعلوها محل اهتمامهم، فالقواعد مجال خصيب يساعد على استنباط أحكام ما يستجد من حوادث ووقائع لم يرد بخصوصها نص من نصوص الشرع الحكيم، فهى بذلك تعد من عناصر استمرار الشريعة الإسلامية، وضمن صلاحيتها للتطبيق فى كل زمان ومكان.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

## قائمة بأهم مراجع البحث (\*)

أولاً: القرآن الكريم :

ثانياً: كتب التفسير :

ابن العربي: الحافظ القاضي أبي بكر محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله بن أحمد

المعروف بأن العربي المعافى الأندلسي الأشبيلي المالكي ختام علماء الأندلس وأتمها المولود سنة ٤٦٨هـ والمتوفي سنة ٥٤٢هـ.

- أحكام القرآن - مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر الطبعة الأولى سنة ١٣٣١ هـ.

ابن كثير: عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي المتوفي سنة ٧٧٤ هـ.

- تفسير القرآن العظيم - دار إحياء الكتب العربية.

الألوسي: شهاب الدين السيد محمود الألوسي البغدادي المتوفي سنة ١٢٧ هـ .

- روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني إدارة الطباعة المنيرية بدون تاريخ.

البيضاوي: قاضي القضاة ناظر الدين عبد الله بن أبي القاسم علي بن عمر البيضاوي المتوفي سنة ٦٨٥ هـ.

- أنوار التنزيل وأسرار التأويل شركة مكتبة مصطفى البابي الحلبي الطبعة الثانية سنة ١٩٦٨.

الجصاص: أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص المتوفي سنة ٣٧٠ هـ .

- أحكام القرآن - تحقيق محمد الصادق قمحاوي - الناشر - دار المصنف - بدون تاريخ،

- أحكام القرآن - المطبعة البهية المصرية سنة ١٣٤٧ هـ.

---

(\*) رتب هذه المراجع بحسب الحروف الأبجدية لأسماء المؤلفين .

الرازي : فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين بن الحسن بن علي القيمي  
البكري الرازي المتوفي سنة ٦٠٦هـ.

- مفاتيح الغيب أو التفسير الكبير - دار الغد العربي سنة ١٩٩٢م  
طبع دار الكتب العلمية طهران بدون تاريخ.

السيوطي : عبد الرحمن بن الكمال جلال الدين السيوطي المتوفي سنة ٩١١هـ

- تفسير الدر المنثور في التفسير المأثور ، ضبط نص وتصحيح  
وإسناد الآيات ووضع الحواشي والفهارس بإشراف دار الفكر للطباعة  
والنشر والتوزيع - الطبعة الثانية سنة ١٩٨٨ م.

الشافعي: محمد بن إدريس الشافعي المتوفي سنة ٢٠٤هـ.

- أحكام القرآن - دار الكتب العلمية بيروت - لبنان سنة ١٩٨٠م  
تعريف وتقديم محرز أحمد بن الحسن الكوثري - كتب هوامشه  
عبد الغني عبد الخالق.

الشوكاني: محمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفي سنة ١٢٥٥هـ.

- فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية - دار المعارف  
بيروت بدون تاريخ.

الصابوني : محمد علي الصابوني.

- صفوة التفاسير - طبع على نفقة السيد حسن عباس الشربيتلي  
بدون تاريخ.

- تفسير آيات الأحكام - دار التراث العربي - بدون تاريخ.

الطبري : أبو جعفر محمد بن جرير الطبري المتوفي سنة ٣١٠هـ

- جامع البيان في تفسير القرآن ، وبهامشه تفسير غرائب القرآن  
ورغائب الفرقان للعلامة نظام الدين الحسن بن محمد بن حسين القمر  
النيسابوري - المطبعة الأميرية الكبرى - الطبعة الأولى سنة  
١٣٢٣هـ

القاسمي: محمد جمال الدين القاسمي.

- تفسير القاسمي - دار إحياء الكتب العربية.

القرطبي : أبو عبد الله بن أحمد بن أبي بكر فرج الأنصاري القرطبي المتوفي سنة ٦٧١هـ.

- الجامع لأحكام القرآن - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع سنة ١٩٩٥م وطبعات أخرى.

رضا: الشيخ محمد رشيد رضا المتوفي سنة ١٣٥٤ هـ.

- تفسير القرآن الحكيم مطبعة المنار الطبعة الثانية.

قطب: الشيخ سيد قطب .

- في ظلال القرآن.

- دار الشروق سنة ١٩٨٥م.

### ثالثا: مراجع الحديث :

ابن حجر : أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفي سنة ٨٥٢ هـ.

- فتح الباري بشرح صحيح البخاري، طبعة دار الغد العربي - القاهرة سنة ١٩٩٣ وطبعات أخرى.

ابن حنبل: الإمام أحمد بن محمد بن حنبل المتوفي سنة ٢٤١هـ .

- المسند - دار المعارف للطباعة والنشر بمصر سنة ١٩٤٨م شرح وفهرسة / أحمد محمد شاكر.

ابن ماجه: الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه ٢٠٧-٢٧٥هـ

- سنن ابن ماجه - تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي - عيسى البسابي الحلبي وشركاه - بدون تاريخ.

ابن هبيرة : الوزير العالم بن هبيرة المتوفي سنة ٥٦٠ هـ.

- الإفصاح عن معاني الصحاح وهو شرح للجمع بين الصحيحين

لأبي عبد الله الحميدي الأندلسي المتوفي سنة ٤٨٨هـ دار الوطني

الرياض - الطبعة الأولى سنة ١٤١٧هـ.

- أبو داود :** الإمام أبي داود سليمان الأشعث السجستاني المتوفي سنة ٢٧٥هـ.
- سنن أبي داود — دار الريان للتراث سنة ١٩٨٨ م.
- الأبادي:** أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم أبادي .
- عون المعبود — شرح سنن أبي داود — تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان — الناشر محمد عبد المحسن — بدون تاريخ.
- البيهقي :** أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي المتوفي سنة ٤٥٨هـ.
- السنن الكبرى — دار الفكر بيروت بدون تاريخ.
- الترمذي :** أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة سنة ٢٠٩هـ — وتوفي سنة ٢٧٩هـ .
- الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي — بتحقيق وشرح أحمد محمد شاكر — دار الحديث بالقاهرة.
- الجزري :** الإمام مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد بن الأثير الجزري ولد سنة ٥٤٤هـ وتوفي سنة ٦٠٦هـ.
- جامع الأصول في أحاديث الرسول — تحقيق عبد القادر الأرناؤوطي — الجزء الأول — مكتبة الحلواني سنة ١٩٦٩.
- الحاكم:** الحافظ الكبير إمام المحدثين أبي عبد الله محمد بن عبد الله المعروف بالحاكم النيسابوري الحافظ المتوفي سنة ٤٠٥هـ.
- المستدرک على الصحيحين في الحديث — الناشر مكتبة ومطابع النهضة الحديثة — الرياض — الجزء الرابع.
- الزرقاني :** محمد الزرقاني المتوفي سنة ١١٢٢هـ.
- شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك — دار الجيل ببيروت — بدون تاريخ.
- الشوكاني:** محمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفي سنة ١٢٥٥هـ.
- نيل الأوطار — دار الحديث — بدون تاريخ.

الصنعاني : محمد بن إسماعيل الكحلاني المعروف بالأمير اليمني الصنعاني المتوفي سنة ١١٨٢هـ.

- سبل السلام فى بلوغ المرام - تحقيق إبراهيم عصرا - دار الحديث بدون تاريخ.

الطبراني: الإمام أبو القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي الطبراني ولد سنة ٢٦٠ هـ بمدينة عكا وتوفى سنة ٣٦٠ هـ بأصبهان.

- المعجم الأوسط - تحقيق محمود الطحان - مكتبة المعارف بالرياض - الطبعة الأولى سنة ١٩٨٥م.

النسائي: الحافظ أبى عبد الرحمن بن شعيب النسائي ولد سنة ٢١٤ هـ وفى سنة ٣٠٣ هـ.

- سنن النسائي المجتبى - شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده - بمصر الطبعة الأولى سنة ١٩٦٤م.

النووي: الإمام الحافظ محي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦ هـ.

- رياض الصالحين - تحقيق وتعليق محمد محمد تامر - دار العنان للطباعة والنشر والتوزيع - مدينة نصر القاهرة سنة ٢٠٠٠م.

مالك : أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي سنة ١٧٩هـ.

- الموطأ - تعليق محمد فؤاد عبد الباقي - دار إحياء الكتب العربية بدون تاريخ .

مسلم: الإمام أبى الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري سنة ٢٠٦-٢٦١هـ .

- صحيح مسلم - مطبعة دار إحياء الكتب العربية - طبعة حديثة بدون تاريخ.

#### رابعاً: مراجع اللغة العربية :

- ابن منظور : الإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم المعروف بابن منظور الإفريقي المصري الأنصاري الخرجي.  
- لسان العرب - الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ببولاق مصر سنة ١٣٠٠ هـ.
- الأصفهاني : العلامة الراغب الأصفهاني.  
- معجم مفردات ألفاظ القرآن - تحقيق نديم مرعشلي - دار الكاتب العربي مطبعة التقدم العربي سنة ١٣٩٢ هـ - سنة ١٩٧٢ م .
- البستاني : المعلم بطرس البستاني .  
- قطر المحيط - مكتبة لبنان - سنة ١٨٦٩ م.  
- محيط المحيط - المجلد الثاني - طبع في بيروت سنة ١٢٨٦ هـ - سنة ١٨٧٠ م.
- الجرجاني : على بن محمد بن علي متوفى سنة ٨١٦ .  
- التعريفات - دار الريان للتراث سنة ١٤٠٣ هـ.
- الرازي : الإمام محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي المتوفى سنة ٦٩١ هـ - مختار الصحاح - ترتيب السيد محمود خاطر - الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية - الطبعة التاسعة سنة ١٩٦٢ م.
- الزبيدي : محب الدين بن الغيظ السيد محمد مرتضى الحسيني الواسطي الزبيدي الحنفي - نزيل مصر .  
- تاج العروس من جواهر القاموس - الطبعة الأولى - المطبعة الخيرية المنشأة بجمالية مصر سنة ١٣٠٦ هـ - من منشورات دار مكتبة الحياة - بيروت - لبنان - المجلد الثاني.
- الزمخشري : الإمام الكبير جاد الله أبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري المتوفى سنة ٥٣٨ هـ .



- أساس البلاغة - تحقيق أ / عبد الرحيم محمود - دار المعرفة - بيروت - لبنان - بدون تاريخ.

الفيروز أبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيرزو أبادي المتوفي سنة ٨١٧هـ .

- القاموس المحيط - طبع ونشر مؤسسة الحلبي وشركاه للطبع والنشر بدون تاريخ - المجلد الأول.

الفيومى: العالم العلامة أحمد بن محمد بن على المقرئ الفيومى المتوفى سنة ٧٧٠هـ.

- المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للرافعي تصحيح مصطفى السقا - مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده المطبعة الأميرية الطبعة السادسة سنة ١٩٢٥م.

مجمع اللغة العربية الهيئة المصرية العامة للتأليف والنشر.

- معجم ألفاظ القرآن الكريم - الطبعة الثانية سنة ١٩٧٠.

- المعجم الوسيط - أخرج الطبعة د/ إبراهيم أنيس ، د/ عبد الحليم منتصر، عطية الصوالحي ، محمد خلف الله أحمد ، أشرف على الطبع حسن على عطية - محمد شوقي أمين ، الطبعة الثانية سنة ١٣٩٢هـ سنة ١٩٧٢م مطابع دار المعارف بمصر.

## خامساً: مراجع الفقه :

### الفقه الحنفي :

ابن الهمام : الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام المتوفي سنة ٨٦١ هـ.

- شرح فتح القدير - المطبعة الأميرية الكبرى - سنة ١٣١٥ هـ.

ابن عابدين : محمد أمين الشهير بابن عابدين المتوفي سنة ١٢٥٢ هـ.

- حاشية رد المحتار على الدر المختار - شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر الطبعة الثانية سنة ١٦٦٦ م

ابن قاضي سماوه: الإمام محمود بن إسماعيل الشهير بابن قاضي سماوه الحنفي المتوفي سنة ٨٢٣ هـ.

- جامع الفصولين - فصول العمادي وفصول الأستروش - المطبعة الزهرية - الطبعة الأولى سنة ١٣٠٥ هـ.

ابن مودود الموصلي: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي توفي سنة ٦٨٣ هـ .

- الاختيار لتعليل المختار - دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت - لبنان - الطبعة الثانية سنة ١٩٧٥ م.

ابن نجيم : الشيخ زين الدين ابن إبراهيم الشهير بابن نجيم الحنفي المتوفي سنة ٩٧٠ هـ.

- البحر الرائق شرح كنز الدقائق - المطبعة العلمية - الطبعة الأولى بدون تاريخ.

البابرتي : الإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي المتوفي سنة ٧٦٨ هـ

- شرح العناية على الهداية - مطبوع مع شرح فتح القدير - المطبعة الكبرى الأميرية - الطبعة الأولى سنة ١٣١٥ هـ.

الزِيلَعِي :

فخر الدين عثمان على الزيلعي المتوفي سنة ٧٤٢هـ.

- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - المطبعة الكبرى الأميرية -  
الطبعة الأولى سنة ١٣١٥هـ.

السرخسي :

شمس الدين أبو بكر محمد بن أحمد بن سهل السرخسي المتوفي  
سنة ٤٨٣ هـ.

- المبسوط - مطبعة السعادة - الطبعة الأولى بدون تاريخ.

الطرابلسي:

علاء الدين أبي الحسن على بن خليل الطرابلسي الحنفي .

- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام - شركة  
مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر الطبعة  
الثانية سنة ١٩٧٣م.

الكاساني :

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي المتوفي  
٥٨٧ هـ .

- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - دار الفكر - بيروت -  
لبنان - الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦.

المرغيناني :

برهان الدين على بن أبي بكر المرغيناني المتوفي سنة ٥٩٣هـ.

- الهداية شرح بداية المبتدي مطبوع مع شرح القدير المطبعة  
الكبرى الأميرية - الطبعة الأولى سنة ١٣١٥هـ.

داماد أفندي :

عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان .

- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر - دار سعادة سنة ١٣٢٧هـ

سعدى جلبي :

سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدى جلبي وبسعدى أفندي  
المتوفي سنة ٩٤٥هـ.

- الهداية شرح بداية المبتدي مطبوع مع شرح فتح القدير -  
المطبعة الكبرى الأميرية سنة ١٣١٥ هـ.

قاضيخان:

الإمام فخر الدين حسن بن منصور الأوز جندي الفرغاني الحنفي  
المتوفي سنة ٢٩٥ هـ.

- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية - المكتبة الإسلامية  
تركيا - الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٣ م.

محمد علاء الدين أفندي: ابن الشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين.

- قرة عيون الأخيار لتكملة رد المحتار على الدر المختار شرح  
تنوير الأبصار - المطبعة الأميرية ببولاق مصر - الطبعة  
الثانية سنة ١٣٢٦ هـ.

محمد قدري باشا: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات  
الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان -  
المطبعة الأميرية سنة ١٩٣٨ م.

نظام الدين: الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند.

- الفتاوى الهندية - المكتبة الإسلامية - تركيا - الطبعة الثانية  
سنة ١٩٧٣ م.

الفقه المالكي :

ابن جزي :

أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي المتوفي سنة  
٧٤١ هـ.

- القوانين الفقهية - المكتبة الثقافية - بيروت - بدون تاريخ.

ابن حسين:

الشيخ محمد علي بن المرحوم الشيخ حسين مفتي المالكية .  
- القواعد الثنية - تهذيب الفروق والقواعد الثنية في الأسرار  
الفقهية بهامش الفروق للقرافي - دار المعرفة - بيروت -  
لبنان - بدون تاريخ.

ابن رشد :

الإمام القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد  
القرطبي الأندلسي الشهير بـ " ابن رشد الحفيد " المتوفي سنة  
٥٩٥ هـ .

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد - دار إحياء التراث العربي -

بيروت - لبنان - الطبعة الأولى سنة ١٩٩٢م

ابن عبد الرفيغ: الشيخ العلامة قاضي الجماعة بتونس أبي اسحاق إبراهيم بن حسن بن عبد الرفيغ.

- معين الحكام على القضايا والأحكام - دار الغرب الإسلامي  
سنة ١٩٨٩ م.

ابن فرحون: القاضي برهان الدين إبراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون المالكي المدني المتوفي سنة ٧٩٩ هـ.

- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام شركة مكتبة  
ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر الطبعة الأخيرة  
سنة ١٩٥٨م.

الآبي : العلامة صالح عبد السميع الآبي الأزهرى.

- جواهر الإكليل شرح مختصر الشيخ خليل في مذهب الإمام  
مالك - دار الفكر - بيروت - لبنان - بدون تاريخ.

الحطاب: أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي  
المعروف بالحطاب المتوفي سنة ٩٥٤ هـ.

- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل وبهامشه التاج والإكليل  
لمختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن يوسف العبدري الشيبير  
بالمواق المتوفي سنة ٧٩٧ هـ. مكتبة النجاح - طرابلس - ليبيا  
بدون تاريخ.

الخرشي: سيدي أبي عبد الله محمد الخرشي.

- شرح الخرشي على مختصر خليل وبهامشه حاشية الشيخ علي  
العدوى. المطبعة العامرة الشرفية - الطبعة الأولى سنة ١٣١٦ هـ.

الدردير : الإمام العلامة أحمد الدردير .

- الشرح الصغير - الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية سنة  
١٩٨٩ م.

الدسوقي:

العالم العلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقي المالكي المتوفي سنة ١٢٣٠هـ.

- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه بدون تاريخ.

الصاوي :

الشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي المتوفي سنة ١٢٤١هـ.

- بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر الطبعة الأخيرة سنة ١٩٥٢م.

العدوي:

الشيخ على أحمد الصعيدي العدوي المالكي .

- حاشية على كفاية الطالب الرباني لرسالة بن أبي زيد القيرواني وبهامشه كفاية الطالب الرباني لعلي أبي الحسن المالكي الشاذلي شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر سنة ١٩٣٨م.

- حاشية العدوي على الخرشي - المطبعة العامرة الشرفية بمصر سنة ١٣١٦هـ.

القرافي:

شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي المتوفي سنة ٦٨٤هـ.

- الذخيرة - تحقيق أ / محمد بو خيزة - دار الغرب الإسلامي الطبعة الأولى - سنة ١٩٩٤ م.

النفراوي :

الشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي الأزهري المتوفي سنة ١١٢٠ هـ.

- الفواكه الدواني على رسالة أبي محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن القيرواني المالكي - شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر - الطبعة الثالثة سنة ١٩٥٥م.

عليش:

أبو عبد الله الشيخ محمد أحمد عليش المتوفي سنة ١٢٩٩هـ.

- فتح العلي المالكي في الفتوى على مذهب الإمام مالك شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر الطبعة الأخيرة سنة ١٩٥٨م.

## الفقه الشافعي :

ابن حجر الهيتمي:

أبو العباس أحمد شهاب بن حجر الهيتمي المتوفي سنة ٩٧٤ هـ.  
- فتح الجواد بشرح الإرشاد - مطبعة مصطفى البابي الحلبي  
وأولاده بمصر سنة ١٣٤٧ هـ.

البجيرمي :

سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي الشافعي توفي سنة ١٢٢١ هـ  
- حاشية البجيرمي المسماه التجريد لنفع العبيد - شركة مكتبة  
ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر الطبعة الأخيرة  
سنة ١٩٥٠ م.

الخطيب :

الشيخ محمد الشربيني الخطيب المتوفي سنة ٩٧٧ هـ.  
- مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج - شركة مكتبة ومطبعة  
مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر سنة ١٩٥٨ م.

الرملي:

شمس الدين محمد ابن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين  
الرملي الشهير بالشافعي الصغير المتوفي في سنة ١٠٠٤ هـ.  
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام  
الشافعي - شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي الطبعة  
الأخيرة سنة ١٩٦٧ م.

السيد البكري:

السيد أبي بكر بن السيد محمد شطا الدمياطي المصري.  
- حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين - شركة مكتبة  
ومطبعة مصطفى البابي الحلبي الطبعة الثانية سنة ١٩٥٦ م.

الشافعي:

الإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي المتوفي سنة ٢٠٤ هـ  
- الأم مكتبة الكليات الأزهرية ، الطبعة الأولى سنة ١٩٦١ .

الشرقاوي:

عبد الله بن حجازي الشهير بالشرقاوي المتوفي سنة ١٢٢٦ هـ.  
- حاشية الشرقاوي على شرح التحرير - دار إحياء الكتب  
العربية - عيسى البابي الحلبي وشركاه بدون تاريخ.

الشَّـرَوَانِي وابن حواشي الشَّـرَوَانِي وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج بشرح  
قاسم العبادي: المنهاج لابن حجر الهيتمي - دار إحياء التراث العربي - طبعة  
جديدة - بدون تاريخ.

الغزالي: الإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي المتوفي سنة ٥٠٥هـ .

- إحياء علوم الدين - مكتبة مصر - طبعة جديدة سنة ١٩٩٨م.

الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي  
المتوفي سنة ٤٥٠هـ.

- الأحكام السلطانية والولايات الدينية - دار الكتب العلمية -  
بيروت - لبنان - طبعة جديدة - بدون تاريخ.

- الحاوي الكبير في مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر  
المزني - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة  
الأولى سنة ١٩٩٤م.

النووي: الإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي المتوفي سنة  
٦٧٦هـ.

- المجموع شرح المذهب - تحقيق محمد نجيب المطيعي مكتبة  
الإرشاد بجدة سنة ١٩٧٤م.

- روضة الطالبين - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان  
الطبعة الأولى سنة ١٩٩٢م.



شمس الدين أبى عبد الله محمد بن أبى بكر بن قيم الجوزية  
المتوفي سنة ٧٥١هـ.

- الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية، خرج أحاديثه وآياته  
الشيخ زكريا عميرات. دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة  
الأولى سنة ١٩٩٥م.

- زاد المعاد فى هدى خير العباد، دار الفكر - طبعة جديدة -  
بدون تاريخ.

- إغاثة اللهفان من مصادب الشيطان، تحقيق وتصحيح محمد  
حامد الفقى، دار العدل بالإسكندرية بدون تاريخ.

- إعلام الموقعين عن رب العالمين ، راجعه طه عبد الرؤوف  
مطبوعات مكتبة ومطبعة الحاج عبد السلام بن شقرون سنة  
١٩٨٦م.

شيخ الإسلام أبى العباس أحمد بن تيمية الحنبلي المتوفي  
سنة ٧٢٨هـ.

- مجموع فتاوي شيخ الإسلام أحمد بن تيمية - دار الرحمة  
للنشر والتوزيع - القاهرة - طبعة حديثة بدون تاريخ.

- الحسبة فى الإسلام أو وظيفة الحكومة الإسلامية طبع بمطبعة  
المؤيد سنة ١٣١٨هـ.

الإمام العلامة موفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد  
بن قدامة المتوفي سنة ٦٢٠هـ.

- المغني على مختصر الخرقي - دار الغد العربي بدون تاريخ

ابن قدامة المقدسي: الشيخ الإمام شمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن أبى عمر  
محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي المتوفي سنة ٦٨٢هـ.

- الشرح الكبير على متن المقنع - مطبوع مع المغني المشار إليه  
سابقاً.

ابن مفلح:

أبو اسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح المؤرخ الحنبلي ولد سنة ٨١٦هـ وتوفي سنة ٨٨٤هـ.

- المبدع فى شرح المقنع - المكتب الإسلامى - بيروت سنة ١٩٨٠م.

البهوتي:

منصور بن يونس بن إدريس البهوتي المولود سنة ١٠٠٠هـ - المتوفي سنة ١٠٥١هـ بالقاهرة.

- شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولى النهي لشرح المنتهى دار الفكر بدون تاريخ.

- الروض المربع بشرح زاد المستنقع - دار الكتب العلمية ببيروت - طبعة جديدة - بدون تاريخ.

- كشف القناع عن متن الإقناع - مكتبة النصر الجديدة الرياض بدون تاريخ.

الحجاوي المقدسي: شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى بن سالم أبو النجا الحجاوي المقدسي المتوفي سنة ٩٦٨هـ.

- الإقناع - تحقيق د/ عبد الله بن عبد المحسن التركي - طبع المملكة العربية السعودية - الطبعة الثانية سنة ١٩٩٩م نشر دار عالم الكتب السعودية.

الظاهرية :

ابن حزم:

أبو محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفي سنة ٤٥٦هـ - المحلي - منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع ببيروت - طبعة مصححة ومقابلة تحقيق الشيخ أحمد محمد شاكر - بدون تاريخ.

## الأباضية:

أطفيش :

محدث بن يوسف أطفيش .

- شرح كتاب النيل وشفاء العليل، مكتبة الإرشاد - جدة -  
السعودية - الطبعة الثالثة - سنة ١٩٨٥ م.

## الشيعة الزيدية :

السياغي الحيمي : شرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسين بن أحمد بن علي بن محمد بن سليمان بن صالح السياغي الحيمي الصنعاني المتوفي بصنعاء اليمن سنة ١٢٢١ هـ.

- الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير - دار الجيل بيروت بدون تاريخ.

الشوكاني:

محمد بن علي الشوكاني المتوفي سنة ١٢٥٠ هـ.

- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار المجلس الأعلى  
للمشئون الإسلامية سنة ١٩٧١ م.

العنسي:

القاضي العلامة أحمد بن قاسم العنسي اليمني الصنعاني المتوفي سنة ١٣٩٠ م.

- التاج المذهب لأحكام المذهب - مكتبة اليمن الكبرى - بدون تاريخ.

الفتوجي البخاري:

الإمام العلامة أبي الطيب صديق بن حسين بن علي الحسيني الفتوجي البخاري المتوفي سنة ١٣٠٧ هـ.

- الروضة الندية شرح الدرر البهية - مكتبة دار التراث - القاهرة - بدون تاريخ.

المرتضي :

أحمد بن يحيى المرتضي المتوفي سنة ٨٤٠ هـ.

- كتاب البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار - مؤسسة الرسالة - بيروت - الطبعة الأولى سنة ١٩٤٧ م.

## الشيعة الإمامية :

الحلي :

ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي المتوفي سنة ٦٧٦هـ -

- المختصر النافع في فقه الإمامية - دار الكتاب العربي بمصر  
بدون تاريخ.

- شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام - مطبعة الآداب  
في النجف الأشرف - الطبعة الأولى سنة ١٩٦٩م.

الطوسي :

أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي المتوفي سنة ٤٦٠هـ -

- مسائل هامة من كتاب الخلاف - جامعة طهران سنة ١٣٤٤هـ -

العاملي :

زين الدين الجبعي العاملي المتوفي سنة ٩٦٥هـ -

- الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية - دار العالم الإسلامي  
- بيروت - بدون تاريخ.

الكركي :

المحقق الثاني الشيخ علي بن الحسين الكركي المتوفي سنة  
٩٤٠هـ -

- جمع المقاصد في شرح القواعد - تحقيق مؤسسة آل البيت  
لإحياء التراث بيروت - الطبعة الأولى سنة ١٩٩١ م.

## سادساً : مراجع أصول الفقه :

### أ - القديم :

ابن أمير الحاج المتوفي سنة ٨٧٩هـ

التقرير والتحبير - المطبعة الكبرى الأميرية - الطبعة الأولى  
سنة ١٣١٦هـ.

ابن العربي : القاضي أبي بكر بن العربي المعافري المالكي الأشعري المتوفي  
سنة ٥٤٣هـ.

- المحصول في أصول الفقه - دار البيارق - الطبعة الأولى  
سنة ١٩٩٩م.

ابن تيمية : فصول في أصول الفقه جمع وترتيب أبي الفضل عبد السلام -  
المكتبة الإسلامية القاهرة - الطبعة الأولى سنة ١٩٩٩.

ابن عقيل : أبو الوفاء على بن عقيل بن محمد بن عقيل البغدادي الحنبلي  
المتوفي سنة ٥١٣هـ.

- الواضح في أصول الفقه - تحقيق د/ عبد الله بن عبدالمحسن  
التركي - مؤسسة الرسالة - الطبعة الأولى سنة ١٩٩٩م.

الإمام أحمد بن القاسم العبادي المتوفي سنة ٩٩٤ هـ

- الشرح الكبير على الورقات تحقيق الأستاذ / عبد الله ربيع  
والأستاذ / السيد عبد العزيز - مؤسسة قرطبة - الطبعة الأولى  
سنة ١٤١٦هـ سنة ١٩٩٥م.

الآرموي : سراج الدين محمود بن أبي بكر الأرموي المتوفي سنة ٦٨٢هـ.

- التحصيل في المحصول دراسة وتحقيق د/ عبد الحميد على  
أبو زبيد، مؤسسة الرسالة - الطبعة الأولى سنة ١٩٨٨م سنة  
١٤٠٨هـ

الإسنوي : جمال الدين الإسنوي المتوفي سنة ٧٧٢ هـ.

- نهاية السؤل في شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول -  
مطبوع بهامش التقرير والتحبير السابق الإشارة إليه .

- الآمدي: الإحكام فى أصول الأحكام — مؤسسة الحلبي وشركاه للنشر والتوزيع — القاهرة ١٣٨٧ هـ — سنة ١٩٦٧ م.
- الباجي: الإمام الحافظ أبى الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي المتوفي سنة ٤٧٤ هـ.
- البخاري: الإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري — كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي — دار الكتاب العربي — بيروت — لبنان — طبعة جديدة — بدون تاريخ.
- البخاري: محمد بن حسن البخشي .
- البخشي: شرح البخشي المسمى منهاج العقول — دار الكتب العلمية — بيروت — طبعة حديثة — بدون تاريخ ومعه شرح الإسنوي نهاية السؤل.
- الرازي: فخر الدين بن عمر بن الحسين الرازي ولد سنة ٥٤٤ هـ وتوفي سنة ٦٠٦ هـ .
- الرازي: المحصول فى علم أصول الفقه — دار الكتب العلمية — بيروت الطبعة الأولى سنة ١٩٨٨م سنة ١٤٠٨ هـ.
- الزركشي: بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي ولد سنة ٧٤٥ هـ — وتوفي سنة ٧٩٤ هـ.
- الزركشي: البحر المحيط — قام بتحريره الشيخ عبد القادر عبد الله العاني وراجعته د/ عمر سليمان الأشقر — من منشورات وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت — الطبعة الثانية سنة ١٩٩٢ م سنة ١٤١٣ هـ الجزء الأول.
- السبكي: شيخ الإسلام على بن عبد الكافي السبكي المتوفي سنة ٧٥٦ هـ — وولده تاج الدين عبد الوهاب بن على السبكي المتوفي سنة ٧٧١ هـ .

- الإبهاج فى شرح المنهاج - تحقيق وتعليق د. شعبان محمد  
إسماعيل - مكتبة الكليات الأزهرية - الطبعة الأولى سنة ١٩٨١م.

السرخسي: الإمام الفقيه الأصولي النظار أبى بكر محمد بن أحمد بن أحمد بن  
أبى سهل السرخسي المتوفى سنة ٤٩٠هـ.

- أصول السرخسي - تحقيق أبو الوفا الأفغانى - دار للمعرفة  
بيروت - لبنان سنة ١٩٧٣م.

الشوكاني: محمد بن على بن محمد الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٥هـ .

- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول وبهامشه شرح  
الشيخ أحمد بن قاسم العبادي الشافعي على شرح جلال الدين  
محمد بن أحمد المحلي الشافعي على الورقات فى الأصول لإمام  
الحرمين عبد الملك بن عبد الله الجويني الشافعي المتوفى سنة  
٤٧٨هـ الطبعة الأولى - مصطفى البابي وأولاده بمصر سنة  
١٩٣٧م.

الغزالي : أبو حامد محمد بن محمد الغزالي المتوفى سنة ٥٠٥هـ .

- المنحول من تعليقات الأصول - تحقيق وتعليق محمد حسن  
هيتو .

- المستنصرى - المطبعة الأميرية بمصر - الطبعة الأولى سنة  
١٣٢٢هـ.

القرافى: الإمام الفقيه شهاب الدين أبى العباس أحمد بن إدريس بن عبد  
الرحمن الصنهاجي المصري المشهور بالقرافى المتوفى سنة  
٦٨٤هـ .

- شرح تنقيح الفصول فى اختصار المحصول فى الأصول حققه  
طه عبد الرؤوف منشورات مكتبة الكليات الأزهرية - دار  
الفكر للطباعة والنشر - الطبعة الأولى ذو الحجة سنة  
١٣٩٣هـ ديسمبر سنة ١٩٧٣م.

- نفائس الأصول فى شرح المحصول دراسة وتحقيق وتعليق  
الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ على محمد معوض نزار  
مصطفى الباز - الطبعة الأولى سنة ١٤١٦هـ - سنة ١٩٩٥.

محمد أمين المعروف بأمير باد شاه الحسيني الحنفي الخراساني  
البخاري - المكي.

- تيسير التحرير على كتاب التحرير فى أصول الفقه الجامع  
بين اصطلاحى الحنفية والشافعية لكمال الدين محمد بن عبد  
الواحد بن عبد الحميد بن مسعود الشهير بابن همام الدين  
الإسكندري الحنفي المتوفى يوم الجمعة السابع من رمضان سنة  
٨٦١هـ الجزء الثانى طبع بمطبعة مصطفى البابي الحلبي  
بمصر جمادى الآخرة سنة ١٣٥٠هـ.

نظام الدين الأنصاري عبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري .

- فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت - مطبوع مع كتاب  
المستصفى للغزالي السابق الإشارة إليه .



ب - مراجع أصول الفقه الحديثة :

- د/أحمد أحمد محمود الشافعي: \_ أصول الفقه الإسلامي - دار الهدى للطبوعات الإسكندرية سنة ٢٠٠٠ م.
- د/ أحمد فراج حسين: - أصول الفقه الإسلامي - دار الهدى للطبوعات سنة ٢٠٠٠ م.
- د/ السيد حسين يوسف مكي العاملي - قواعد استنباط الأحكام - الطبعة الأولى سنة ١٩٧٢
- د/ بدران أبو العنين بدران: - أصول الفقه - دار المعارف سنة ١٩٦٩ م.
- بيان النصوص التشريعية - طرقه وأنواعه - منشأة المعارف الإسكندرية سنة ١٩٦٩ م.
- د/ جلال الدين عبد الرحمن: - غاية الوصول إلى دقائق علم الأصول الطبعة الثانية سنة ١٩٩٠ م.
- الاجتهاد ضوابطه وأحكامه - الطبعة الأولى سنة ١٤٠٦ هـ سنة ١٩٨٦ م.
- مذكرة في أصول الفقه ما يتعلق بالكتاب من دلالات - شركة النسر الذهبي للطباعة بالقاهرة بدون تاريخ.
- د/ حسين حامد حسان: - الحكم الشرعي عند الأصوليين - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى سنة ١٩٧٢ م .
- أصول الفقه - دار النهضة العربية سنة ١٩٧١ م.
- د/ رمضان على السيد الشرنباصي - أصول الفقه الإسلامي - طبعة ٢٠٠٠ م.
- د/ زكي الدين شعبان - أصول الفقه الإسلامي - مطبعة دار التأليف - الطبعة الثالثة سنة ١٩٦٣ - ١٩٦٤ .
- د/ شعبان محمود إسماعيل - دراسات حول الإجماع والقياس - مكتبة النهضة المصرية - الطبعة الثانية سنة ١٩٩٣ م.

- د/ عبد الكريم زيدان - الوجيز في أصول الفقه - مكتبة القدس - مؤسسة الرسالة - الطبعة الثانية سنة ١٩٨٧م
- د/ عبد الوهاب خلاف - علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الإسلامي - دار القلم سنة ١٩٥٦م.
- د/ علي جمعة محمد - الحكم الشرعي عند الأصوليين - دار الهداية سنة ١٩٩٣م.
- د/ علي حسب الله - أصول التشريع الإسلامي - الطبعة السادسة - دار المتقف العربي سنة ١٤٠٢هـ سنة ١٩٨٢م.
- د/ علي عبد الرازق - الإجماع في الشريعة الإسلامية - دار الفكر العربي سنة ١٩٤٧م.
- د/ عمر عبد الله - سلم الوصول إلى علم الأصول - مؤسسة المطبوعات الحديثة - الطبعة الثانية سنة ١٣٧٩هـ سنة ١٩٥٩م.
- د/ فاضل عبد الواحد عبد الرحمن - أصول الفقه - دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة - عمان الطبعة الأولى سنة ١٩١٦م.
- د/ محمد إبراهيم الحفناوي - إرشاد الأنام إلى معرفة الأحكام - دار النشر للثقافة والعلوم الإسلامية - الطبعة الأولى ١٩٩٤م
- د/ محمد أبو النور زهير - أصول الفقه - المكتبة الأزهرية للتراث سنة ١٤١٢هـ سنة ١٩٩٢م.
- د/ محمد حسني عبد الحكيم - الإجمال والبيان وأثرهما في اختلاف الفقهاء سنة ١٩٨٢م.
- د/ محمد أبو زهرة - أصول الفقه - دار الفكر العربي سنة ١٩٧٣م.
- الشيخ محمد الخضري - أصول الفقه - دار الحديث - القاهرة بدون تاريخ.
- د/ محمد زكريا البرديس - أصول الفقه - دار النهضة العربية - الطبعة الثالثة سنة ١٩٦٩م.

- د/ محمد سلام مذكور - نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء - دار النهضة العربية - الطبعة الثانية ١٩٦٥م.
- د/ محمد كمال الدين إمام - أصول الفقه الإسلامي - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى سنة ١٩٧٦م.
- د/ محمد مصطفى الرحيلي - أصول الفقه الإسلامي - المؤسسة الجامعية للدراسات سنة ١٤١٢هـ - سنة ٢٠٠٠م.
- د/ محمد محمود محمد الطنطاوي - أصول الفقه الإسلامي - جامعة دمشق سنة ١٩٨٧م.
- د/ وهبة الزحيلي - أصول الفقه الإسلامي - مكتبة وهبة - عابدين القاهرة - الطبعة الثالثة سنة ١٤٢٢هـ، سنة ٢٠٠١م.
- د/ وهبة الزحيلي - أصول الفقه الإسلامي - دار الفكر سنة ١٩٨٦م.

## سابعاً : مراجع القواعد الفقهية :

### أ - القديمة :

ابن اللحام: الإمام العلامة أبي الحسن علاء الدين علي بن عباس البغلي الحنبلي المتوفي سنة ٨٠٣هـ.

- القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية ضبط وتحقيق محمد شاهين - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى سنة ١٩٩٥.

ابن الوكيل: محمد بن عمر بن مكي بن عبد الصمد المرقل أبي عبد الله صدر الدين المعروف بابن الوكيل المتوفي سنة ٧١٦هـ.

- الأنشاه والنظائر - تحقيق ودراسة د/ أحمد محمد العنفرى - الجزء الأول، د/ عادل الشويخ - الجزء الثاني - مكتبة الرشد الرياض - الطبعة الثانية سنة ١٩٩٧م.

ابن تيمية: شيخ الإسلام ابن تيمية (٦٦١ هـ - ٧٢٨ هـ) .

- القواعد النورانية تحقيق محمد حامد الفقي - دار المعرفة للطباعة والنشر ببغروت سنة ١٩٧٩م.

ابن خطيب الدهشة ابو الثناء نور الدين محمود بن أحمد الحموي الفيومي المعروف بابن خطيب الدهشة.

- مختصر من قواعد العلاني وكلام الإسنوي - دراسة وتحقيق الشيخ مصطفى محمود البنجوي - طبع بالعراق - اللجنة الوطنية للاحتفال بمطلع القرن الخامس عشر الهجري.

ابن رجب الحافظ ابن الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي المتوفي سنة ٧٩٥هـ .

- القواعد الفقهية - تقديم طه عبد الرؤوف سعد - مكتبة الكليات الأزهرية - الطبعة الأولى سنة ١٩٧١م.

ابن نجيم :

الشيخ زين العابدين إبراهيم محمد بن بكر الشهير بابن نجيم اسم بعض أجداده ولد بالقاهرة سنة ٩٢٦هـ وتوفي سنة ٩٦٠هـ.

- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان - تحقيق عبد العزيز محمد الوكيل - مؤسسة الحبي وشركاه للنشر والتوزيع بدون تاريخ.

الإسنوي

جمال الدين بن محمد عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي المتوفي سنة ٧٢٢هـ.

- التمهيد في تخريج الفروع على الأصول - تحقيق وتعليق محمد حسن هيتو - مؤسسة الرسالة - الطبعة الأولى سنة ١٩٨٠م.

البكري

بدر الدين بن أبي بكر بن سليمان البكري الشافعي .  
- الاعتناء في الفرق والاستثناء، كتاب يبحث في قواعد الفقه وفروعه - تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلى محمد معوض، دار الكتب العلمية ببيروت - لبنان .

الحموي

السيد أحمد بن محمد الحنفي الحموي رحمه الله .  
- غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر - دار الكتب العلمية - ببيروت - لبنان - الطبعة الأولى سنة ١٩٨٥م.

الزركشي

بدر الدين محمد بن بهادر الشافعي (٧٤٥هـ - ٧٩٤هـ) .  
- المنثور في القواعد - حققه د/ تيسير فائق أحمد محمود راجعه د/ عب الستار أبوغدة - وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - دولة الكويت.

الزنجاني

الإمام ابي المناقب شهاب الدين محمود بن أحمد الزنجاني المتوفي سنة ٦٥٦هـ.

- تخريج الفروع على الأصول - حققه وعلق عليه د/ محمد أديب صالح - مؤسسة الرسالة - الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٩م.

السبكي

الإمام تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن الكافي السبكي المتوفى  
سنة ٧٧١هـ.

—  
- الأشباه والنظائر.

- تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد  
معوض- دار الكتب العلمية - بيروت- الطبعة الأولى ١٩٩١م.

السيوطي

الإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي المتوفى سنة ٩١١هـ.

- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية - دار إحياء  
الكتب العربية - عيسى البابي الحلبي وشركاه بدون تاريخ.

الشاطبي

إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي المتوفى سنة ٧٩٠هـ

- الموافقات في أصول الشريعة - شرحه وكشف مرامييه  
وخرج أحاديثه فضيلة الشيخ عبد الله دراز - دار المعرفة -  
بيروت - الطبعة الثانية سنة ١٩٩٦م.

العز بن عبد السلام

الإمام المحدث الفقيه سلطان العلماء ابن محمد عز الدين عبد  
العزیز بن عبد السلام المتوفى سنة ٣٦٠هـ .

- قواعد الأحكام في مصالح الأنام - تحقيق مراجعة وتعليق/ طه  
عبد الرؤوف سعد - مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٩٦٨م.

- القواعد الصغرى - الفوائد في مختصر القواعد - تحقيق عادل  
أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض - دار الجيل - بيروت  
الطبعة الثانية سنة ١٩٩٤م.

القرافي

العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد  
الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي سنة ٦٨٤هـ.

- الفروق ، وبهامشه تهذيب الفروع والقواعد السنية في  
الأسرار الفقيية - عالم الكتب - بيروت - طبعة جديدة -  
بدون تاريخ.

## ب - الحديثية :

- الشيخ أحمد الرزق - شرح القواعد الفقهية - قدم له نجله / مصطفى أحمد الزرقاء، عبد الفتاح أبو غدة، راجعه / عبد الستار أبو غدة - دار الغرب الإسلامي الطبعة الأولى سنة ١٩٨٣م.
- د/ احمد محمد الحصري - القواعد الكلية للفقه الإسلامي - مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٩٩٣م.
- د/سليم رستم ياز - شرح المجلة - المطبعة الأدبية - بيروت - الطبعة الثانية سنة ١٩٢٣.
- د/ عبد العزيز عزام - قواعد الفقه الإسلامي - مكتبة الرسالة الدولية للطباعة والكمبيوتر سنة ١٩٩٩.
- د/ على أحمد الندوي - القواعد الفقهية - دار القلم - دمشق - الطبعة الرابعة سنة ١٩٩٨م.
- على حيدر - درر الحكام شرح مجلة الأحكام - تعريف المحامي فهمي الحسيني - دار الجيل - بيروت - الطبعة الأولى سنة ١٩٩١م.
- محمد الحسين آل كاشف الغطاء
- تحرير المجلة - مطبوعات مكتبة النجاح - ومكتبة طهران سنة ١٣٥٩هـ .
- محمد أمين سويد الدمشقي متوفي سنة ١٣٣٥
- تسهيل الحصول على قواعد الأصول تحقيق وتعليق د/مصطفى سعيد الخن - دار القلم - دمشق - بدون ذكر تاريخ.
- د/محمد بكر إسماعيل - القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه - دار المنار ١٩٩٦م.
- د/ محمود عبد الله العكازي - شرح القواعد الفقهية سنة ١٩٩٨م.
- د/ يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين
- القواعد الفقهية - مكتبة الرشد - الرياض - الطبعة الأولى سنة ١٩٩٨م.

## ثامناً: الرسائل العلمية :

### ماجستير ودكتوراه :

- د/ابتسام بديع السيد القرشي - الإذن وأثره في المعاملات - دراسة فقهية مقارنة جامعة الأزهر - كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالقاهرة لنيل درجة الماجستير سنة ١٤٢١هـ سنة ٢٠٠١م.
- د/إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم - الإثبات بالشهادة في الفقه الإسلامي دراسة فقهية قانونية مقارنة مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة لنيل درجة الدكتوراه سنة ١٩٨٩م.
- د/أبو السعود محمد عبد اللطيف - انقضاء المعاهدات الدولية في قانون السلام المعاصر وقانون السلام الإسلامي كلية الحقوق جامعة الإسكندرية لنيل درجة الدكتوراه سنة ١٩٨٩م.
- د/جابر عبد الهادي سالم الشافعي - مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي رسالة قدمت إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة جامعة الأزهر لنيل درجة الدكتوراه - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية سنة ٢٠٠١م.
- د/حسن على الشاذلي - نظرية الشرط في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون كلية الشريعة والقانون بالقاهرة بدون تاريخ رسالة دكتوراه.
- د/داود عبد الرازق داود الباز - حق المشاركة في الحياة السياسية - رسالة مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الإسكندرية لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق سنة ١٩٩٢.
- أ/رمزي محمد على دراز - فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي - رسالة قدمت إلى كلية الحقوق جامعة الإسكندرية لنيل درجة الماجستير ١٤١٩ هـ ١٩٩٩م
- د/سيد محمد مرسى (توانا) الأفغاني - الاجتهاد ومدى حاجتنا إليه في هذا العصر - رسالة دكتوراه كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر سنة ١٩٧١ نشر دار الكتب الحديثة - القاهرة سنة ١٩٧٢م.



د/عاشور عبد الجواد عبد الحميد - مشروعات المشاركة الإسلامية الدولية - رسالة دكتوراه  
جامعة القاهرة سنة ١٩٨٨.

د/عبد الحليم عبد اللطيف عبد الحليم القفوني

- حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي  
والقانون المدني - دراسة مقارنة رسالة قدمت لجامعة  
المنوفية كلية الحقوق لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق  
تخصص الشريعة الإسلامية سنة ١٩٩٧م.

د/عبد القادر محمد قحطان - السكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التصرفات دراسة  
مقارنة في القانون المدني المصري ونظيره اليمني مقارنة  
بالفقه الإسلامي لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق جامعة  
عين شمس كلية الحقوق ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.

د/عثمان محمد عثمان - مناهج الأصوليين في الدلالات وآثارها في الأحكام الفقهية  
رسالة دكتوراه شريعة القاهرة - بدون تاريخ.

أ/عليه عبد الباقي علي سلطان - حجية القرينة في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بالقانون  
الوضعي - قدمت للحصول على درجة الماجستير في  
الشريعة الإسلامية معهد الدراسات الإسلامية التابع لوزارة  
التعليم العالي بالقاهرة سنة ١٩٩٧م.

د/ علي محمد يوسف المحمدي إشراف د/ مرسى السماحي

- أحكام النسب وطرق إثباته ونفيه في الشريعة الإسلامية  
رسالة دكتوراه شريعة القاهرة سنة ١٩٨٦م.

د/علي محي الدين الفرة داغي - مبدأ الرضا في العقود - دراسة مقارنة في الشريعة  
الإسلامية والقانون مع بيان موقف القانونيين المصري  
والعراقي منه - رسالة دكتوراه - جامعة الأزهر - كلية  
الشريعة والقانون سنة ١٩٨٥م.

د/فاطمة محمد سليم العوا

- تأثير مجلة الأحكام العدلية على التقنيات العربية دارسة تطبيقية على عقد التحكيم - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية سنة ١٩٩٩م.

د/محمد بن قاسم بن عياد

- تحقيق الجزء الأول من كتاب معين الحكام على القضايا والأحكام - للشيخ العلامة قاضي الجماعة بتونس أبو اسحاق إبراهيم بن حسن بن علي بن عبد الرافع التونسي المالكي المولود بتونس سنة ٦٣٩هـ والمتوفي سنة ٧٣٣هـ قدم هذا التحقيق لنيل درجة الدكتوراه في الفقه والسياسة الشرعية من الجامعة الزيتونية بتونس سنة ١٩٨٢م.

د/محمد مصطفى شلبي

- تعليل الأحكام - عرض وتحليل لطريقة التعليل وتطوراتها في عصور الاجتهاد والتقليد - رسالة دكتوراه - رسالة نال بها المؤلف شهادة العالمية من درجة أستاذ في الفقه الإسلامي وعلومه ونوقشت هذه الرسالة ٤ مارس سنة ١٩٤٥ مطبعة الأزهر سنة ١٩٤٧.

محمود مصطفى عبود هرموش

- القاعدة الكلية أعمال الكلام خير من إهماله واثرها في الأصول - رسالة قدمت إلى كلية الشريعة بجامعة الإمام/ محمد بن مسعود الإسلامية لنيل درجة الماجستير - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - الطبعة الأولى سنة ١٩٨٧م.

د/مصطفى سعيد الخن

- أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء بحث قدم لنيل شهادة الدكتوراه في أصول الفقه جامعة الأزهر لسنة ١٩٦٩ - مؤسسة الرسالة الطبعة السابعة سنة ١٩٩٨م.

د/مصطفى محمود النجبوني

- دراسة وتحقيق كتاب مختصر من قواعد العلاني وكلام الإنشوي لأبي الثناء نور الدين محمود بن أحمد الحموي الفيومي الأصل المعروف بابن خطيب الدهشة المتوفي سنة ٨٣٤هـ - بحث مقدم إلى كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر بالقاهرة لنيل درجة الدكتوراه سنة ١٩٧٨ .

د/نجاح عثمان أبو العنين إسماعيل - أثر القواعد الفقهية المختلف فيها في اختلاف الفقهاء دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي - رسالة دكتوراه - شريعة القاهرة جامعة الأزهر سنة ١٤٢٠هـ.

- المستثنيات في العبادات والمعاملات وقواعدها الشرعية التي ترد عليها في الفقه الإسلامي - رسالة قدمت إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة - جامعة الأزهر للحصول على درجة الماجستير في الفقه العام سنة ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.

د/نوال محمد الشاكر

- التفريق بين الزوجين للعيوب - دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية وبعض القوانين العربية - رسالة دكتوراه جامعة الإسكندرية - قسم الشريعة الإسلامية ١٤١٢هـ - ٢٠٠١م.

د/يوسف عبد الهادي خليل الإكياي - النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص - رسالة قدمت إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة لنيل درجة الدكتوراه سنة ١٩٨٩م.

د/يوسف محمد عبد الغفار عيسى - التأسيس في عقد الزواج والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي - رسالة قدمت إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي سنة ١٩٩٧م.

د/ يوسف حامد العالم - المقاصد العامة للشريعة الإسلامية - رسالة دكتوراه - كلية الشريعة الإسلامية - جامعة الأزهر سنة ١٣٩١هـ - سنة ١٩٧١م ، قدمت بعنوان الأهداف العامة للشريعة الإسلامية.

د/ عبد الرازق حسن فرج - نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة - رسالة قدمت إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة - لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق سنة ١٩٦٨م.

## تاسعاً : المراجع العامة :

ابن أبى الدنيا

الحافظ أبى بكر عبد الله بن محمد بن عبيد بن أبى الدنيا.

- الصمت وحفظ اللسان - تحقيق وتعليق / محمد أحمد  
عاشور - الطبعة الثانية - دار الاعتصام للطبع والنشر  
القاهرة سنة ١٩٨٨.

د/ أحمد إبراهيم بك

- كتاب المعاملات الشرعية - مكتبة النصر سنة ١٩٣٦م.

د/ أحمد أبو الفتاح

- كتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية  
الطبعة الثانية - مطبعة النهضة مصر سنة ١٩٢٢م.

د/ أحمد حسن البرعى

- نظرية الالتزام فى القانون المغربى - مصادر الالتزام  
العقد - دار الثقافة - الدار البيضاء - الطبعة الأولى سنة  
١٩٨١م.

د/ أحمد حشمت أبو ستيت

- نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى - مكتبة وهبة  
القاهرة سنة ١٩٤٥م.

د/ أحمد سلامة

- الوسيط فى الأحوال الشخصية للمواطنين غير المسلمين -  
دار الفكر العربى - الطبعة الأولى سنة ١٩٦٨م.

د/ أحمد فتحي سرور

- الوسيط فى قانون العقوبات - القسم الخاص - الطبعة  
الرابعة - سنة ١٩٩١م.

د/ أحمد فراج حسين

- الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية - مؤسسة  
الثقافة الجامعية .

- أحكام الوصايا والأوقاف فى الشريعة الإسلامية - دار  
المطبوعات الجامعية سنة ١٩٩٧م.

- أدلة الإثبات فى الفقه الإسلامى سنة ٢٠٠٢م.

د/ أحمد عبد الكريم سلامة

- علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً منهجاً  
مكتبة الجلاء الجديدة - المنصورة - الطبعة الأولى سنة  
١٩٩٦م.

- د/ أحمد فهمي أبو سنة - العرف والعادة في رأى الفقهاء - مطبعة الأزهر - القاهرة سنة ١٩٤٧م.
- د/ أحمد محمود الشافعي - الوصية والوقف في الفقه الإسلامي سنة ١٩٩٢م.
- د/ أحمد يوسف - عقود المعاوضات المالية في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية - دار الثقافة سنة ١٩٩١م.
- د/ إدوارد غالي الدهبي - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - مكتبة غريب - الطبعة الثانية سنة ١٩٧٦م.
- د/ إسماعيل غانم - في النظرية العامة للالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام والعقد والإرادة المنفردة والفعل الضار - مكتبة عبد الله وهبة سنة ١٩٨٦م.
- د/ أنور سلطان - الموجز في مصادر الالتزام - منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٧٠م.
- د/ أنور طلبية - طرق وأدلة الإثبات في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية - دار الفكر العربي سنة ١٩٨٧م.
- د/ بدران أبو العنين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون - الجزء الأول الزواج والطلاق دار النهضة العربية - بيروت سنة ١٩٦٧م.
- د/ توفيق حسن فرج - قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية سنة ١٩٨٢م.
- د/ ثروت أنيس الأسيوطي - أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين - دار الهدي للمطبوعات - الإسكندرية سنة ١٩٩٥م.
- د/ ثروت أنيس الأسيوطي - مبادئ القانون - دار النهضة العربية - القاهرة سنة ١٩٧٤م.
- أصول أحكام الالتزام والإثبات منشأة المعارف سنة ١٩٩٦م.

- أصول الالتزامات — مصادر الالتزام — منشأة المعارف  
بالإسكندرية سنة ١٩٩٧م.

د/ جلال ثروت

- نظرية القسم الخاص — الجزء الأول — جرائم الاعتداء  
على الأشخاص — مكتبة مكاوي سنة ١٩٧٩م.

د/ جميل الشرفاوي

- النظرية العامة للالتزام — الكتاب الأول — مصادر  
الالتزام — دار النهضة العربية سنة ١٩٧٦م.

د/ حامد سلطان

- أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية — دار  
النهضة العربية سنة ١٩٧٠.

د/ حسام الدين كامل الأهواني

- أصول القانون — مطبعة أبناء وهبة حسان — القاهرة سنة  
١٩٨٨م.

د/ حسن كيرد

- أصول القانون — دار المعارف بمصر — الطبعة الثانية  
سنة ١٩٥٨م.

د/ حسنين محمود حسنين

- العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي  
دراسة مقارنة — دار العلم — الإمارات — دبي — الطبعة  
الأولى سنة ١٩٨٨م.

د/ حسين توفيق رضا

- الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين — دار  
النهضة العربية سنة ١٩٦٨م.

د/ رمضان أبو السعود

- الموجز في شرح أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين  
دار المطبوعات الجامعية سنة ٢٠٠٠م.

د/ رمضان على السيد الشرنبلصي

- حماية المستهلك في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة —  
مطبعة الأمانة — الطبعة الأولى سنة ١٤٠٤هـ.

- السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية — دار الفكر  
العربي سنة ١٩٨٤م.

- أحكام عقد الزواج — مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة .

- أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية.

ر/ سليمان مرقس

- أصول الإثبات وإجراءاته فى المواد المدنية فى القانون  
المصري مقارناً بالتقنيات سائر البلاد العربية - الجزء  
الثاني - الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٦م.

- الوافي فى شرح القانون المدني فى الالتزامات - المجلد  
الأول - نظرية العقد والإرادة المنفردة - الطبعة الرابعة  
سنة ١٩٨٧م.

د/ سمير عالية

- علم القانون والفقه الإسلامى - نظرية القانون والمعاملات  
الشرعية - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع  
الطبعة الأولى سنة ١٩٩١م.

د/ سمير السيد تناغو

- مصادر الالتزام والإثبات سنة ١٩٩٠م.  
- عقد البيع - منشأة المعارف بالإسكندرية بدون تاريخ.

د/ صبحي محصماتي

- النظرية العامة للموجبات فى العقود والشرعية الإسلامية  
- الجزء الثاني - الإسكندرية - مكتبة جامعة فاروق  
الأول سنة ١٩٤٨م.

- فلسفة التشريع فى الإسلام - دار العلم للملايين - بيروت  
- الطبعة الثالثة سنة ١٩٦١م.

د/ عباس شومان

- سلسلة الدراسات الفقهية - مصادر التشريع الإسلامى -  
الدار الثقافية للنشر - الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٠م.

د/ عبد الحميد محمود البعلى

- ضوابط العقود - دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى  
وموازنه بالقانون الوضعى وفقهه مكتبة وهبة - الطبعة  
الأولى سنة ١٩٨٩م.

د/ عبد الحى حجازي

- النظرية العامة للالتزام - الجزء الثانى - مصادر  
الالتزام مطبعة نهضة مصر سنة ١٩٥٤م.

د/ عبد الرازق حسن فرج

- دور السكوت فى التصرفات القانونية - دراسة مقارنة -  
مطبعة المدني بالقاهرة سنة ١٩٨٠م.

- الإبراء فى الالتزام — دراسة مقارنة — دار الاتحاد العربى للطباعة — الطبعة الأولى سنة ١٩٧٦م.

- المدخل إلى دراسة القانون — نظرية القانون — مطبعة الفجر الجديدة — القاهرة سنة ١٩٨٣.

- الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد — نظرية الالتزام بوجه عام — مصادر الالتزام — دار إحياء التراث العربى بيروت — لبنان سنة ١٩٥٢م.

- شرح القانون المدنى — النظرية العامة للالتزام — نظرية العقد — المجمع العلمى العربى الإسلامى — منشورات محمد الداية — بيروت — لبنان .

- مصادر الحق فى الفقه الإسلامى — دراسة مقارنة بالفقه العربى — المقدمة صيغة العقد — معهد البحوث والدراسات العربية — جامعة الدول العربية — طبع ١٩٦٧م.

- أساس الالتزام العقدي — النظرية والتطبيقات — المكتب المصرى الحديث للطباعة والنشر سنة ١٩٧٢.

- كتاب الفقه على المذاهب الأربعة — المكتبة التجارية الكبرى — الطبعة الخامسة بدون تاريخ.

- التعزيز فى الشريعة الإسلامية — دار الفكر العربى سنة ١٩٦٩.

- حجة السنة — المعهد العالى للفكر الإسلامى — دار القرآن الكريم — بيروت — الطبعة الأولى سنة ١٩٨٦.

- نظرية العقد والإرادة المنفردة — دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامى — الإسكندرية سنة ١٩٨٤م.

- التشريع الجنائى الإسلامى مقارناً بالقانون الوضعى — دار التراث للطبع والنشر — بدون تاريخ.

د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري

د/ عبد الرحمن عياد

عبد الرحمن الجزيري

د/ عبد العزيز عامر

د/ عبد الغنى عبد الخالق

د/ عبد الفتاح عبد الباقي

د/ عبد القادر عودة



/ عبد الكريم زيدان

- أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام — مؤسسة الرسالة — بيروت — الطبعة الثانية سنة ١٤٠٨هـ — سنة ١٩٨٨م.

- نظرات في الشريعة الإسلامية — مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٠م.

/ عبد المجيد الحكيم

- الوسيط في نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي — الجزء الأول في انعقاد العقد — شركة الطبع والنشر الأهلية — بغداد سنة ١٩٦٧م.

/ عبد المنعم البدرأوى

- المدخل إلى العلوم القانونية — النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق — دار النهضة العربية سنة ١٩٦٦م.

- النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري — الجزء الأول — مصادر الالتزام — مكتبة سيد عبد الله وهبة سنة ١٩٧٧م.

/ عبد المنعم فرج الصدة

- دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في المعاملات المالية — الجزء الأول — نظرية القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية — معهد البحوث والدراسات العربية سنة ١٩٧٠م.

- نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي — مطبعة دار النهضة العربية — مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٩٠م.

/ عبد الناصر توفيق العطار

- مبادئ القانون — دار الاتحاد العربي للطباعة سنة ١٩٦٩  
- نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية — الكتاب الأول في مصادر الالتزام — مطبعة السعادة سنة ١٩٧٥م.

د/ عبد الودود السريتي

- الشهادة في الشريعة الإسلامية - شروط الشاهد - بحث  
مقارن - المكتب العربي للطباعة سنة ١٩٨٥م.

- الوصايا والأوقاف والمواريث في الشريعة الإسلامية -  
المكتب العربي للطباعة سنة ١٩٩٠م.

- المدخل لدراسة بعض النظريات في الفقه الإسلامي دار  
المطبوعات الجامعية بالإسكندرية سنة ١٩٩٧م.

- الموجز في النظرية العامة للتزامات - المصادر -  
الأحكام - الإثبات - دار النهضة العربية سنة ١٩٩٤م.

- مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه - دار القلم -  
الطبعة الثالثة سنة ١٩٩٢م.

- القانون الدولي الخاص - الجزء الثاني في تنازع القوانين  
وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين - الهيئة العامة  
المصرية للكتاب - الطبعة التاسعة سنة ١٩٨٦.

- أحكام النقد على مواد القانون المدني من ربع قرن من  
المادة الأولى (٤١٧) إلى المادة التاسعة - مطبعة لجنة  
البيان العربي بلاطوغلي - الطبعة الأولى سنة ١٩٥٥م.

- بحوث في البيع - دراسة فقهية مقارنة - الجزء الأول -  
الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦م.

- أحكام المعاملات الشرعية - دار الفكر العربي - بدون  
تاريخ.

- إبرام العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي -  
دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي - دار النهضة العربية  
سنة ١٩٩٥.

- الترخير والغبن كعيبين في الرضا في قانون المعاملات  
المدنية الإماراتي - دراسة مقارنة بالقانون المدني

د/ عبد الودود يحيى

د/ عبد الوهاب خلاف

د/ عز الدين عبد الله

د/ علي أبو المجد

د/ علي أحمد مرعي

د/ الشيخ علي الخفيف

عمر السيد أحمد عبد الله

د/ عمر السيد مؤمن

المصرى والفقہ الإسلامى — دار النهضة العربية سنة ١٩٩٧م.

د/ عمر عبد الله - أحكام الشريعة الإسلامية فى الأحوال الشخصية — دار المعارف بمصر — الطبعة الثانية سنة ١٩٥٨م.

د/ عوض محمد عوض - المبادئ العامة فى قانون الإجراءات الجنائية دار المطبوعات الجامعية — الإسكندرية سنة ١٩٩٩م.

د/ عيسوى أحمد عيسوى - الفقہ الإسلامى — المدخل ونظرية العقد — مطبعة دار التأليف — الطبعة الثانية — بدون تاريخ.

د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله - العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام فى القانونين المصرى والإنجليزى المقارن سنة ١٩٧٩م.

د/ فتوح عبد الله الشاذلى - شرح قانون العقوبات — القسم الخاص الكتاب الأول — الجرائم المضرة بالمصلحة العامة سنة ١٩٩٩م.

د/ كمال جودة أبو المعاطى - توثيق الدين بالكتابة والشهادة — دار الهدى للطباعة — السيدة زينب سنة ١٩٨٨م.

د/ محسن البيه - مشكلتان متعلقتان بالقبول — السكوت والإذعان ، دار النهضة العربية سنة ١٩٨٥م.

د/ محسن خليل - مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإدارى — الإسكندرية — مطبعة التونى سنة ١٩٩٣م.

الإمام محمد أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية — دار الفكر بدون تاريخ.

- الجريمة والعقوبة فى الفقہ الإسلامى — العقوبة — دار الفكر — بدون تاريخ.

د/ محمد أحمد إسماعيل المقدم - حرمة أهل العلم — دار الإيمان للطبع والنشر والتوزيع — الطبعة الأولى — الإسكندرية سنة ١٩٩٨م.

- د/ محمد أحمد سراج - نظرية العقد في الفقه الإسلامي — دراسة فقهية مقارنة  
سعد سمك للنسخ والطباعة حدائق القبة.
- د/ محمد الدسوقي - أحكام الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي والقانون —  
دار المطبوعات الجامعية سنة ١٩٩٨ م.
- د/ محمد جمال عثمان جبريل - الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية — أحكام الزواج  
في الفقه والقضاء — دار الثقافة للنشر والتوزيع —  
القاهرة.
- د/ محمد رأفت عثمان - الاجتهاد والتقليد في الشريعة الإسلامية — دار الثقافة —  
قطر — الدوحة — الطبعة الأولى سنة ١٩٨٧ م.
- د/ محمد رأفت عثمان - السكوت في القانون الإداري في التصرفات الإدارية  
الفردية — دار النهضة العربية سنة ١٩٩٦.
- د/ محمد رأفت عثمان - القضايا الثلاث — تغيير المنكر بالقوة — الخروج على  
الحاكم — تكفير الدولة — دار الفضيلة دبي — الطبعة  
الأولى سنة ١٩٨٩ م.
- د/ محمد ذكي عبد البر - القضايا في الفقه الإسلامي سنة ١٩٩٢ م بدون بيان دار  
النشر.
- د/ محمد سلام مذكور - الحكم الشرعي والقاعدة القانونية — دار القلم — الطبعة  
الأولى سنة ١٩٨٢ م.
- د/ محمد سليم العوا - الوجيز للمدخل للفقه الإسلامي — دار النهضة العربية سنة  
١٩٧٨ م.
- د/ محمد صبري السعدي - في أصول النظام الجنائي الإسلامي — دار المعارف —  
الطبعة الثانية سنة ١٩٨٣ م.
- د/ محمد صبري السعدي - تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية —  
النظرية العامة وتطبيقاتها في الفقهين الوضعي والإسلامي  
— الطبعة الأولى سنة ١٩٧٩ م.

- د/ محمد طلعت الغنيمي - قانون السلام فى الإسلام — منشأة المعارف — الإسكندرية سنة ١٩٨٩.
- د/ محمد عبد الجواد محمد - بحوث من الشريعة الإسلامية والقانون — دار الفكر العربى سنة ١٩٧٣ م.
- د/ محمد عبد الرحمن البكرى - السلطة القضائية وشخصية القاضى — الزهراء للإعلام العربى — الطبعة الأولى سنة ١٩٨٨ م.
- د/ محمد على عمران - مبادئ العلوم القانونية — الحق — مصادر الالتزام — مكتبة عين شمس — القاهرة — دار وهدان للطباعة والنشر — بدون تاريخ.
- د/ محمد كامل مرسى بك.د. سيد مصطفى بك - أصول القوانين — المطبعة الرحمانية بمصر سنة ١٩٢٣ — شرح القانون المدنى الجديد — الباب التمهيدى — المطبعة العالمية بمصر سنة ١٩٥٤.
- د/ محمد كمال الدين إمام - مقدمة لدراسة الفقه الإسلامى — مدخل منهجى — المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع — الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦ م.
- د/ محمد لبيب شنب - دروس فى نظرية الالتزام — مصادر الالتزام — دار النبعة العربية سنة ١٩٧٧ م.
- الشيخ/ محمد مصطفى المراغى - الاجتهاد فى الإسلام — سلسلة الثقافة الإسلامية — المكتب الفنى للنشر سنة ١٣٧٩ هـ ، ١٩٥٩ م.
- د/ محمد مصطفى شلبى - نظام المعاملات فى الفقه الإسلامى — مطبعة اتحاد الجامعات سنة ١٩٥٥ م.
- د/ محمد ناجى ياقوت - الأحوال الشخصية لغير المسلمين — مكتبة الجلاء الجديدة — الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٤ م.

- د/ محمد يوسف موسى - الأموال - نظرية العقد في الفقه الإسلامي مع مدخل  
لدراسة الفقه وفلسفته - دراسة مقارنة - دار الفكر  
العربي سنة ١٩٨٧م.
- الشيخ / محمود شلتوت - الإسلام عقيدة وشريعة - من مطبوعات الإدارة العامة  
للتقافة الإسلامية - الأزهر - ربيع الآخر سنة ١٢٧٩هـ ،  
١٩٥٩م.
- د/ محمود عبد الرحيم الديب - الوجيز في مصادر الالتزام - الجزء الأول سنة ١٩٩٨م.  
د/ مختار القاضي - أصول القانون - دار النهضة العربية - الطبعة الثالثة  
سنة ١٩٦٧م.
- د/ مصطفى أحمد الزرقاء - الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد - مطابع ألف باء -  
الأديب - دمشق - الطبعة التاسعة سنة ١٩٦٨.
- د/ مصطفى الجمال - الأحوال الشخصية لغير المسلمين - منشورات الحلبي  
الحقوقية - طبعة جديدة.
- القانون المدني في ثوبه الإسلامي - مصادر الالتزام -  
شرح مفصل لأحكام التقنيات العربية المستمدة من الفقه  
الغربي والمستمدة من الفقه الإسلامي - الطبعة الأولى ،  
الفتح للطباعة والنشر سنة ١٩٩٦م.
- السعي إلى التعاقد في القانون المقارن - منشورات الحلبي  
الحقوقية - الطبعة الأولى سنة ٢٠٠١م.
- د/ مناع القطان - التشريع والفقه الإسلامي - تاريخاً ومنهجاً - مكتبة وهبة  
- الطبعة الأولى سنة ١٩٧٦م.
- د/ منصور مصطفى منصور - مذكرات في القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين -  
دار المعارف بمصر سنة ١٩٥٧م.
- د/ نبيل إبراهيم سعد - النظرية العامة للالتزام - الجزء الأول - مصادر  
الالتزام - منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ٢٠٠١م.

د/ نبيل إبراهيم سعد

اصول الإثبات فى المواد المدنية والتجارية — دار الجامعة الجديدة للنشر سنة ٢٠٠١م.

د/ همام محمود زهران

- المبادئ الأساسية فى القانون — نظرية القانون — نظرية الحق — نظرية الالتزام — دار المعرفة الجامعية — الإسكندرية — طبعة حديثة.

د/ نبيل إسماعيل عمر

- الوسيط فى قانون المرافعات المدنية والتجارية — دار الجامعة الجديدة للنشر — الإسكندرية سنة ٢٠٠١م.

د/ نبيلة إسماعيل رسلان

- المدخل إلى العلوم القانونية سنة ٢٠٠١م.

د/ وحيد الدين سوار

- التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى — دراسة مقارنة بالفقه الغربى — الطبعة الأولى — مكتبة النهضة المصرية سنة ١٩٦٠م سنة ١٣٧٩هـ.

د/ وهبة الزحيلي

- العلاقات الدولية فى الإسلام مقارنة بالقانون الدولى الحديث — مؤسسة الرسالة — الطبعة الأولى سنة ١٩٨١.  
- الفقه الإسلامى وأدلته — دار الفكر — الطبعة الثانية سنة ١٩٨٥م.

- نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعى بدون بيانات.

- العقوبات الشرعية والأقضية والشهادات — كلية الدعوة الإسلامية — بدون تاريخ.

د/ لاشين محمد يونس الغياتى

- الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بين النظرية والتطبيق — دراسة مقارنة بين القانون الوضعى والفقه الإسلامى مكتبة جامعة طنطا — الطبعة الأولى سنة ١٩٨٦م.

- نظرية الضرورة فى الفقه الجنائى الإسلامى والقانون الجنائى الوضعى — دار النهضة العربية — مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٨١م.

د/ يوسف قاسم

## عاشراً : بحوث ومقالات:

- د/ ثروت فتحى إسماعيل - صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة - بحث منشور  
بمجلة إدارة قضايا الحكومة - السنة الثانية والعشرون  
العدد الثانى ، إبريل - يونيو سنة ١٩٧٨م.
- د/ حامد ذكى - التقادم فى القانون ومضى المدة المانع من سماع الدعوى  
فى الشريعة. بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد كلية  
الحقوق جامعة القاهرة السنة الرابعة العدد الأولى يناير  
سنة ١٩٣٤م.
- د/ عبد الهادى العطافى - صور من طرق للتعبير عن الإرادة فى القانون الإنجليزى  
والتقنين المدنى السودانى - بحث منشور بمجلة القانون  
والاقتصاد - العدد الأولى سنة ١٩٧٤م.
- عبد الوهاب خلاف - تفسير النصوص القانونية وتأويلها - بحث منشور بمجلة  
القانون والاقتصاد - مطبعة جامعة فؤاد الأول - العدد  
الثانى - يونيو سنة ١٩٤٨م.
- د/ عزيز خاتكى - الوقف والحكر والتقادم شرعاً وقانوناً - بحث منشور  
بمجلة القانون والاقتصاد - العدد السابع - السنة السادسة  
- ديسمبر سنة ١٩٣٧م.
- مستشار/على ذكى العربى - طببعة التقادم فى الشريعة والقانون - بحث منشور بمجلة  
القانون والاقتصاد السنة الثالثة العدد الأول يناير سنة  
١٩٣٣م.
- د/ محمد رأفت عثمان - التعسف فى استعمال الحقوق فى الشريعة الإسلامية  
والقانون - بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون -  
إصدار كلية الشريعة والقانون بالقاهرة العدد الأول سنة  
١٩٨٢م.
- د/ محمد على عمران - وقف التقادم وانقطاعه (التقادم المسقط) بحث منشور  
بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية - مطبعة جامعة عين



شمس — السنة الرابعة عشر — العدد الثاني يوليو سنة  
١٩٧٢م.

د/ مفيد محمود شهاب - الآثار القانونية للسكوت فى القانون الدولى العام — بحث  
منشور بالمجلة المصرية للقانون الدولى — المجلد (٩)  
سنة ١٩٧٣م.

د/نزيه محمد الصادق المهدي - محاولة التوفيق بين المذهبين الشخصى والموضوعى فى  
الالتزام — بحث منشور — بمجلة القانون والاقتصاد —  
العددان الأول والثانى سنة ١٩٧٩م.

د/ لاشين محمد يونس الغياتى - خيار الرؤية وأثره على العقد بين الشريعة الإسلامية  
والقانون الوضعى — بحث منشور بمجلة كلية الشريعة  
والقانون إصدار كلية الشريعة والقانون بالقاهرة العدد  
الثانى يونيه سنة ١٩٨٦م.

### حادى عشر : التشريعات ومجموعات المحاكم:

- دستور جمهورية مصر العربية الدائم والصادر فى ١١/٩/١٩٧١م. والمعدل  
بقرار مجلس الشعب الصادر بجلسة ٣٠/٤/١٩٨٠م — طبع الهيئة العامة لشئون  
المطابع الأميرية — الطبعة الثانية سنة ١٩٨٦م.

- قانون رقم (٧٣) لسنة ٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية — طبع الهيئة العامة  
لشئون المطابع الأميرية.

- قانون العقوبات المصرى وفقاً لآخر تعديل — الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية  
— الطبعة الخامسة سنة ١٩٩٠.

- القانون المدنى المصرى رقم ١٣١ لسنة ٤٨.

- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الجزء الثانى — الالتزامات — مصادر  
الالتزام — مطبعة دار الكتاب العربى.

- قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بالقانون الاتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ الذي بدأ العمل به ابتداء من مارس سنة ١٩٨٦.
- مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومن الدائرة المدنية ومن دائرة الأحوال الشخصية - محكمة النقض المصرية - الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية بالقاهرة - الجزء الأول من يناير إلى يونيو ١٩٧٨م، ومن أكتوبر إلى ديسمبر سنة ١٩٧٨.
- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في المواد المدنية الجزء الرابع مطبعة مصر سنة ١٩٤٨.

## فهرس

| الصفحة | الموضوع  |
|--------|--|
| ٧      | - المقدمة.....   |
| ١٢     | - الفصل التمهيدى : التكيف الفقهي لقاعدة : " لاينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان" . |
| ١٥     | المبحث الأول : تعريف القاعدة الأصولية والفقهية .....   |
| ١٥     | أولاً: القاعدة فى اللغة.....   |
| ١٦     | ثانياً: القاعدة فى الاصطلاح.....   |
| ٢٨     | المبحث الثانى: مقارنة بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية.....                                   |
| ٣٢     | - تحديد طبيعة القاعدة محل الدراسة.....   |
| ٣٥     | المبحث الثالث: مدى حجبة القواعد الفقهية.....   |
| ٣٩     | الباب الأول : التعريف بالسكوت والتميز بينه وبين ما يشبه به.....                                    |
| ٤٠     | الفصل الأول: تعريف السكوت وبيان عناصره وأنواعه وتحديد نطاقه  |
|        | المبحث الأول : تعريف السكوت لغة واصطلاحاً.....   |
| ٤٢     | أولاً: التعريف اللغوى للسكوت.....  |
| ٤٥     | ثانياً: المعنى الاصطلاحى للسكوت.....   |
| ٤٦     | ١ - تعريف السكوت بالمعنى العام.....  |
| ٤٧     | ٢ - تعريف السكوت بالمعنى الخاص.....  |
| ٥١     | ثالثاً: التعليق على تعريفات الفقهاء للسكوت وبيان التعريف المناسب له.....                           |
| ٥٨     | المبحث الثانى: اطلاقات السكوت فى القرآن الكريم والسنة النبوية..                                    |
| ٦٩     | المبحث الثالث: عناصر السكوت.....   |

| الصفحة | الموضوع  |
|--------|--|
| ٧٢     | المبحث الرابع: أنواع السكوت وتحديد نطاقه.....                                |
| ٧٢     | المطلب الأول : أنواع السكوت.....   |
| ٧٢     | النوع الأول:السكوت الصادر من المكلف المخاطب بالحكم                           |
| ٧٣     | النوع الثاني:السكوت التشريعي.....  |
| ٧٤     | أولاً: السكوت المطلق.....  |
| ٧٨     | ثانياً: السكوت الذى تفهم دلالاته بطريق من طرق<br>دلالة اللفظ على المعنى..... |
| ٨٢     | ثالثاً: السكوت عن بيان أحكام بعض المسائل الفرعية<br>التفصيلية.....           |
| ٨٥     | رابعاً: السكوت من القرآن الكريم عن النص على<br>أحكام بعض المسائل .....       |
| ٨٨     | خامساً: السكوت والسنة النبوية.....   |
| ٩٢     | سادساً:السكوت من بعض المجتهدين فى حالات<br>الإجماع السكوتي.....              |
| ٩٥     | المطلب الثاني: تحديد نطاق السكوت.....  |
| ٩٨     | الفصل الثاني: التمييز بين السكوت وما يشبه به.....                            |
| ١٠١    | المبحث الأول : السكوت والتعبير الصريح عن الإرادة.....                        |
| ١٠٢    | المطلب الأول: التعبير عن الإرادة بطريق اللفظ.....                            |
| ١٠٧    | المطلب الثاني: التعبير عن الإرادة بالكتابة.....                              |
| ١١٣    | المطلب الثالث: التعبير بالإشارة.....   |
| ١٢٠    | - نطاق الاعتداد بالإشارة.....  |
| ١٢١    | - موقف القانون الوضعي من هذه الوسائل.....                                    |

|     |   |
|-----|---|
| ١٢٤ | المطلب الرابع: أوجه الشبه والخلاف بين السكوت والتعبير<br>بغير اللفظ ..... |
| ١٢٦ | المبحث الثاني: السكوت والمعاطاة.....                                      |
| ١٢٧ | المطلب الأول : المقصود بالمعاطاة وموقف انفقهاء من<br>الاعتداد بها.....    |
| ١٢٧ | أولاً: تعريف المعاطاة.....  |
| ١٣٠ | ثانياً: موقف الفقهاء من الاعتداد بالمعاطاة.....                           |
| ١٤١ | المطلب الثاني: الفرق بين التعبير بالمعاطاة والتعبير بالسكوت               |
| ١٤٣ | المطلب الثالث: التكيف الفقهي للتعبير بالمعاطاة.....                       |
| ١٤٦ | المبحث الثالث: السكوت والتعبير بالدلالة.....                              |
| ١٤٧ | المطلب الأول: المقصود بالتعبير بطريق الدلالة.....                         |
| ١٤٨ | الفرع الأول: المقصود بالدلالة.....  |
| ١٥٢ | الفرع الثاني: بعض الصور التطبيقية للتعبير بالدلالة.....                   |
| ١٥٩ | المطلب الثاني: نطاق اعتبار الدلالة.....                                   |
| ١٦٢ | المطلب الثالث: انفرق بين التعبير بطريق الدلالة والتعبير<br>بالسكوت.....   |
| ١٦٦ | المطلب الرابع: أساس اعتماد التعبير دلالة.....                             |
| ١٧٨ | السكوت والإذعان.....  |
| ١٨٠ | الباب الثاني: حكم السكوت.....   |
| ١٨٣ | الفصل الأول: حكم السكوت بمعنى وصفه الشرعي.....                            |
| ١٨٦ | المبحث الأول : الأصل في السكوت.....                                       |
| ١٩٠ | المبحث الثاني: السكوت المندوب.....  |

|     |  |
|-----|--|
| ١٩٦ | المبحث الثالث: السكوت المكروه.....                       |
| ٢٠٣ | المبحث الرابع : السكوت المحرم.....                       |
| ٢٠٣ | أولاً: السكوت عن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.....    |
| ٢١٥ | ثانياً: السكوت عن الشهادة.....                           |
| ٢٢٠ | - كتمان العلم.....                                       |
| ٢٢٢ | ثالثاً: السكوت الذي يعد تدليساً.....                     |
| ٢٣٣ | - كتمان المرأة لما في رحمها.....                         |
| ٢٣٤ | - بعض صور السكوت والامتناع المحظور قانوناً.....          |
| ٢٣٨ | المبحث الخامس: السكوت الواجب.....                        |
| ٢٤٨ | الفصل الثاني: حكم السكوت بمعنى الأثر المترتب عليه .....  |
| ٢٥٠ | المبحث الأول : الأصل في دلالة السكوت.....                |
| ٢٥١ | المطلب الأول: معني لا ينسب إلى ساكت قول ودليله الشرعي... |
|     | الفرع الأول: المقصود بقول الفقهاء لا ينسب إلى ساكت قول   |
| ٢٥١ | أولاً: المراد بالساكت.....                               |
| ٢٥٢ | ثانياً: السكوت المقصود من هذا الشق من القاعدة....        |
| ٢٥٤ | الفرع الثاني: دليل هذا القول.....                        |
| ٢٥٩ | المطلب الثاني: الأثر الفقهي المترتب على هذا القول وبعض   |
|     | التطبيقات عليه .....                                     |
| ٢٥٩ | الفرع الأول: الأثر الفقهي.....                           |
|     | الفرع الثاني: بعض التطبيقات العملية على الأصل في         |
|     | دلالة السكوت.....  |
| ٢٦٤ | المسألة الأولى: السكوت عند بيع الفضولي.....              |

|     |  |
|-----|--|
| ٢٨٠ | المسألة الثانية: سكوت الثيب عند استئذانها في النكاح.....                             |
| ٢٩٢ | المسألة الثالثة: سكوت زوجة العنين.....   |
| ٣٠٩ | تعقيب ببيان موقف القانون الوضعي من الأصل في دلالة السكوت.                            |
| ٣١١ | المبحث الثاني: الاستثناء على الأصل في دلالة السكوت.....                              |
| ٣١٢ | المطلب الأول: المعنى العام لقول الفقهاء: ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان.....        |
|     | المطلب الثاني: الأثر الفقهي المترتب على قول الفقهاء: ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان |
| ٣٢١ | الفرع الأول: مضمون هذا الأثر ودليله ومعياره.....                                     |
|     | الفرع الثاني: مدى عد السكوت دليلاً على الرضا المكون للعقد                            |
| ٣٢٧ | أولاً: السكوت ومدى صلاحيته للتعبير عن الإيجاب..                                      |
| ٣٣٣ | ثانياً: السكوت ومدى دلالاته على القبول.....  |
| ٣٤٣ | المطلب الثالث: حالات السكوت المعبر عن الإرادة.....                                   |
| ٣٤٤ | الفرع الأول: مسائل تحددت فيها دلالة السكوت بناء على نص أو عرف.....                   |
| ٣٥٠ | الفرع الثاني: مسائل تحددت فيها دلالة السكوت بناء على قرينة.....                      |
| ٣٦٠ | الخاتمة.....   |
| ٣٦٥ | قائمة بأهم مراجع البحث.....  |
| ٤١٣ | فهرس الرسالة.....  |

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي  
أسكنه الله الفردوس  
[www.moswarat.com](http://www.moswarat.com)



**[www.moswarat.com](http://www.moswarat.com)**

رَفَعَ

عبد الرحمن النجدي  
أسكنه الله الفردوس  
[www.moswarat.com](http://www.moswarat.com)